

CAI
UN
-78C11

3 1761 11701403 5

The Canadian Constitution and Constitutional Amendment



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada



Federal-Provincial
Relations Office

Bureau des relations
fédérales-provinciales



The Honourable Marc Lalonde
Minister of State for
Federal-Provincial Relations

The Honourable Ron Basford
Minister of Justice

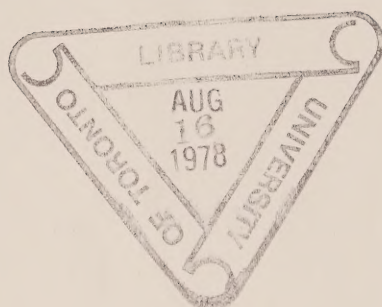


Table of Contents

Chapter 1 - The Canadian Constitution and the
Federal Government

Chapter 2 - The Role of the Judiciary and the
Federal Government

- Introduction
- The Judiciary
- The Federal Government
- The Role of the Judiciary

Chapter 3 - The Canadian Constitution and
the Provincial Governments

- Introduction
- The Canadian Constitution
- The Provincial Governments

Additional copies of this publication
may be obtained from:

Canadian Unity Information Office
PO Box 1986, Station B
Ottawa, Ontario
K1P 6G6

Cat. No. CP 45-8/1978

ISBN 0-662-50050-4

Table of Contents

	Page
Chapter I — Constitutions and Constitutional Amendment	1
Chapter II — Federal Constitutions and Constitutional Amendment	3
• United States	3
• Switzerland	4
• Australia	6
• Federal Republic of Germany	7
Chapter III — The Canadian Constitution and Constitutional Amendment	9
• “Dominion” Status	10
• The Search for an Amending Procedure	10
• Observations Based on Past Practice	13
• The Fulton-Favreau Formula	14
• The Victoria Amending Formula	15
Chapter IV — Constitutional Renewal and the Amending Formula	18
• The Fulton-Favreau Formula and the Victoria Charter Formula	19
• The Victoria Formula—Coupled with an “Appeal Procedure”	20
• The Exclusive Use of Referenda	21
• In Summary: Four Alternative Ways of Amending the Constitution .	21
• Initiation of Constitutional Amendments	22
Conclusion	24



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117014035>

Chapter I

Constitutions and Constitutional Amendment

A Constitution provides the basic framework for orderly government in a state, defining and shaping the principal institutions of government and the relations that exist among them. It also provides for relations between the state and the individual, setting out the powers and obligations of the former and the rights and responsibilities of the latter. It may be said that the main function of a Constitution is to remove arbitrariness from government to the greatest possible degree.

The Constitution, however, provides only the skeletal structure for the operation of government and political life. It has to be fleshed out with a large number of laws, regulations, established customs, current practices and public attitudes before it becomes alive. It is only against this broader background that a full understanding can be gained of how the Constitution operates in practice.

If the purpose of a Constitution is to remove uncertainty and caprice from the relations between institutions of government and between those institutions and the people, it follows that, while laws may change with regularity in the normal course of events, the Constitution must be characterized by a large measure of stability. This stability is achieved by making it more difficult to change the Constitution than to change ordinary laws. The scope of matters to be protected in this way and the way in which this protection is achieved vary from state to state and reflect the differing situations and concerns of each country.

But while a Constitution is intended to provide a stable framework for political life, circumstances in a given state may change to such an extent over time that a desire may arise to alter some aspects of the Constitution or, indeed, to replace it completely. Accordingly, Constitutions normally provide for a method to achieve such adjustments.

The procedure for amending a Constitution may be informal or formal. The British Constitution, which is celebrated for its great flexibility, is the sum of

established custom and conventions, statutes of a constitutional character enacted by Parliament, and the interpretation of such conventions and statutes by the courts. Since the principal elements of the British Constitution have not been codified in a document that could only be changed by a special procedure, it might be said that all constitutional amendments in the United Kingdom are informal. It might also be noted that while part of the Constitution of Canada is written, the relations between the executive and legislative branches are founded, at the present time, on established constitutional custom and conventions, as in the United Kingdom.

Constitutional custom and conventions and judicial interpretation are part of the constitutional fabric of most states, but it has become increasingly the standard practice over the past two centuries for states to codify major elements of their Constitutions in a written document that can subsequently be amended only by a predetermined procedure. The use of such a procedure results in the formal amendment of the Constitution.

Formal amending procedures for the written part of the Constitution are varied. For example, the Constitution of France provides that the Constitution may be amended by a bill passed by both assemblies of Parliament and approved by the people in a referendum, or by the submission of a proposal by the President to both assemblies convened in a congress where passage would require approval by a three-fifths majority of the votes cast. In the second case, no referendum is required. The Constitution of Belgium provides that Parliament has the right to state that it is necessary to revise an aspect of the Constitution, following which both Houses are dissolved and elections are held. The two new Houses subsequently meet to debate the proposal, and two-thirds of the members of both Houses must be present. The amendment is adopted only if it secures at least two-thirds of the total votes cast. The Constitution of Ireland provides for passage of a bill to amend the Constitution by both Houses of the National Parliament, followed by a referendum.

Procedures in federal states are somewhat different because federal Constitutions, among other things, provide for a constitutional distribution of legislative powers between a central legislature and regional legislatures. This distribution of powers and other provisions of particular importance to the people and to the constituent governments of the federation are usually protected in a federal Constitution in such a way that one legislative body, acting

alone, cannot alter them. The way of achieving this protection, while providing at the same time for the possibility of change, is the main burden of this paper.

Before studying the question of constitutional amendment in Canada and examining various alternatives, it would be helpful to look at the way in which some other federations handle this matter.

Chapter II

Federal Constitutions and Constitutional Amendment

Federations are formed when the various constituent units—whether they be states, cantons or provinces—desire a political union without, however, wishing to vest all authority in a central legislature and government. The central legislature and government are usually empowered to legislate and administer in areas of common concern, such as defence and interprovincial and international trade, while the legislatures and governments of the constituent units are normally charged with areas of individual concern, such as education and municipal government. Setting out the constitutional distribution of legislative and executive powers between the two orders of government is not an easy task, for the issues are complex and the various powers are closely interrelated.

A federal Constitution may or may not contain explicit provisions concerning such things as the basic rights of the citizens. However, it has to provide for the distribution of authority between the central legislature and government, and those of the constituent units. Once the distribution has been struck, the framers of federal Constitutions must determine the procedure to be used for amending the Constitution over time, particularly with respect to the distribution of powers.

In countries with a unitary system of government, where all legislative authority is exercised by a single legislature, procedures for constitutional amendment usually require a special majority vote in the legislature, or a national referendum requiring a simple majority for a ratification, or a combination of both. In federal countries, amending procedures usually require either action by both orders of government with a special majority required for approval by the constituent governments, or a referendum which requires, in addition to a national majority, majorities in a majority of the constituent units. The actual amending procedure adopted will depend upon particular circumstances in each federation.

The amending procedures of four other federations were described in *The Amendment of the*

Constitution of Canada, which was published by the Government of Canada, under the authority of the Honourable Guy Favreau, in 1965. The descriptions which follow draw upon those which appeared in that document.

United States

The amendment procedure is governed by Article V of the United States Constitution of 1789:

"The Congress, whenever two-thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two-thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three-fourths of the several States, or by Convention in three-fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress: Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One Thousand Eight Hundred and Eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate."

It is apparent from Article V that amendments to the Constitution of the United States may be proposed to the states either by Congress, on the basis of a favourable vote by at least two-thirds of both the House of Representatives and the Senate, or by a convention called by Congress upon the application of the legislatures of two-thirds of the states. In practice, no amendment to the Constitution has been proposed other than by Congress. A convention has never been called, because while there have been some two dozen applications by state legislatures to Congress proposing an amendment to the Constitution, these have never been submitted by the required two-thirds of the states.

Congress has the right to prescribe the manner in which proposed amendments to the Constitution

shall be ratified. Ratification can be either by the legislatures of three-fourths of the states or by conventions in three-fourths of the states. Only once, in respect of the 21st amendment bringing prohibition to an end, has the Congress proposed that ratification be effected by conventions rather than by state legislatures. Congress may, in proposing an amendment, set a reasonable time limit for its ratification.

In theory, almost any amendment to the Constitution may be proposed. The one exception specified in Article V is that no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate, which is composed of two Senators from each state. Originally, Senators were selected by the legislature of the states they were to represent. However, by the 17th amendment to the Constitution this method of selection was altered to that of direct election.

Amendments to the Constitution have not been frequent. While there have been over 5,000 proposals to amend the Constitution introduced in the Houses of Congress since 1789, only 31 of these have received the required congressional support and been referred to the states for ratification. Of these, 26 have been ratified.

There is no general provision in the Constitution of the United States concerning the delegation of legislative authority from one order of government to another.

Switzerland

The present Swiss federal Constitution was adopted in 1874 and changed, in some important ways, the Constitution of 1848, which made of Switzerland, a genuine federal system as distinct from a confederacy. The amending procedure provides separate methods for dealing with a total revision and with a partial revision of the Constitution (see Articles 118 to 123 reproduced below). There has been no total revision since 1874, although one is now under study. A partial revision may be proposed either by a

popular initiative, requiring the signatures of 100,000 voters, or by the Federal Assembly. In either case, the proposal is voted on by referendum, and to pass, it must receive the approval of a "double majority", that is, a majority of voters in Switzerland as a whole and a majority of cantons. The result of the popular vote in each canton is regarded as the vote of that canton.

The Federal Assembly consists of a National Council and a Council of States. The National Council is composed of elected deputies representing the Swiss people as a whole, on the basis of representation by population. The Council of States is composed of 44 elected deputies, two representing each of the 22 cantons; their election is governed by cantonal legislation and the payment of their indemnities is the responsibility of the cantons. The Federal Assembly formulates the constitutional texts submitted to the popular vote.

From 1874 to the end of 1973, the people and the cantons approved 83 partial revisions; 76 of them had been proposed by the Federal Assembly and seven resulted from the popular initiative. During the same period, the people and the cantons rejected 73 proposals for partial revision; 22 of them had been advanced by the Federal Assembly and 51 by the popular initiative.

There is no provision in the Swiss federal Constitution concerning the delegation of legislative authority. However, in many cases the cantonal authorities are responsible for administering federal legislation.

The amendment procedure is governed by Articles 118 to 123 inclusive of the Swiss Constitution.

"118. The federal Constitution may at any time be wholly or partially revised.

119. Total revision shall be effected in the forms laid down in respect of federal legislation.

120. When either division of the Federal Assembly decides in favour of a total revision of the federal Constitution and the other division does not agree, or when one hundred thousand Swiss voters demand a total revision, the question whether the federal Constitution ought to be revised is in either case submitted to the Swiss nation, which votes in the affirmative or negative.

If in either case a majority of the Swiss nation who vote pronounce in the affirmative, the two councils shall be renewed for the purpose of undertaking the revision.

121. A partial revision may be effected either by means of the popular initiative, or in the forms laid down in respect of federal legislation.

The popular initiative consists of a demand by one hundred thousand Swiss voters for the adoption of a new constitutional article or for the repeal or modification of certain articles of the Constitution already in force.

If by means of the initiative several different provisions are submitted for revision of or for addition to the federal Constitution, each of them must form the subject of a separate initiative demand.

The initiative demand may take the form of a proposal couched in general terms, or of a bill complete in all details.

When the demand is couched in general terms, the federal chambers, if they approve thereof, will proceed to undertake the partial revision in the sense indicated, and will submit the draft for acceptance or rejection by the people and the cantons. If, on the contrary, they do not approve the demand, the question of partial revision shall be submitted to the vote of the people; if a majority of the Swiss citizens taking part in the vote pronounce in the affirmative, the Federal

Assembly will proceed to undertake the revision in conformity with the popular decision.

When a demand is presented in the form of a bill complete in all details, and the Federal Assembly approves thereof, the bill shall be submitted for acceptance or rejection by the people and the cantons. If the Federal Assembly is not in agreement, it may draw up a separate bill or recommend to the people the rejection of the bill proposed, and submit to the vote its counter-draft or its proposal for rejection at the same time as the bill presented by popular initiative.

122. Federal legislation shall determine the formalities to be observed in regard to popular initiative and to referenda concerning the revision of the federal Constitution.

123. The revised federal Constitution, or the revised part thereof, shall enter into force when it has been accepted by the majority of the Swiss citizens taking part in the vote thereon and by the majority of the states.

In reckoning a majority of the states, the vote of a half-canton shall be counted as half a vote.

The result of the popular vote in each canton shall be regarded as the vote of that canton."

Until recently, the number of signatures required for a "popular initiative" on the Constitution was 50,000. In 1971, women were granted, by a constitutional referendum, the right to vote in federal matters. Partly as a consequence of this, the number of signatures required for a popular initiative was increased in 1977 to 100,000. It should be noted that the right of popular initiative has had a major effect on the workings of the Swiss political system. It exists at the cantonal level, in relation to cantonal Constitutions, as well.

Australia

The Commonwealth of Australia Constitution Act was passed as a statute of the British Parliament in 1900. Unlike the British North America Act of 1867, the Act of 1900 provided a procedure for its amendment, including the amendment of the sections dealing with the distribution of powers, which would not require action by the British Parliament.

Any projected alteration of the Constitution must first take the form of a proposed law passed by an absolute majority of each House of the Commonwealth (federal) Parliament or, in exceptional cases, by one House of the Parliament. Proposals for constitutional changes cannot originate in any other way. The proposed law is then submitted to a referendum and must be approved by a majority of the electors voting in a majority of states and also by a majority of the electors voting in Australia as a whole, before being submitted for Royal Assent.

The equal representation of the states in the Senate and their share of the seats in the House of Representatives, both of which are provided for in the Constitution, are guaranteed by the last paragraph of Section 128. This Section gives each state a veto in respect of modifications in its own representation in the two Houses of the Commonwealth Parliament, insofar as such modifications would have the effect of changing its position in relation to that of the other states.

Although the amendment procedure adopted by Australia was influenced by the American and Swiss procedures, and the lessons to be gained from their experience, the Australian Constitution has proved more difficult to amend in practice than has been the case in either of those two countries. Since 1900, 16 constitutional referenda have been held, some dealing with several subjects. Of the 36 proposals put to the people only eight have obtained the requisite majorities.

The Australian Constitution does provide for the delegation of legislative authority. Section 51 (xxxvii)

grants to the Commonwealth Parliament the power to make laws with respect to "matters referred to the Parliament of the Commonwealth by the Parliament or Parliaments of any state or states, but so that the law shall extend only to those states by whose Parliament the matter is referred, or which afterwards adopt the law." This provision has rarely been used in practice, although renewed interest has been expressed in it, in recent years, as a more flexible technique for adjusting the distribution of powers than resorting to a formal amendment of the Constitution.

The amendment procedure is governed by Section 128 of the Australian Constitution, which states:

"This Constitution shall not be altered except in the following manner:

The proposed law for the alteration thereof must be passed by an absolute majority of each House of the Parliament, and not less than two nor more than six months after its passage through both Houses the proposed law shall be submitted in each State to the electors qualified to vote for the election of members of the House of Representatives.

But if either House passes any such proposed law by an absolute majority, and the other House rejects or fails to pass it or passes it with any amendment to which the first-mentioned House in the same or the next session again passes the proposed law by an absolute majority with or without any amendment which has been made or agreed to by the other House, and such other House rejects or fails to pass it or passes it with any amendment to which the first-mentioned House will not agree, the Governor-General may submit the proposed law as last proposed by the first-mentioned House, and either with or without any amendments subsequently agreed to by both Houses, to the electors in each State qualified to vote for the election of the House of Representatives.

When a proposed law is submitted to the electors the vote shall be taken in such manner as the Parliament prescribes. But until the qualification of electors of members of the House of Representatives becomes uniform throughout the Commonwealth, only one-half the electors voting for and against the proposed law shall be counted in any State in which adult suffrage prevails.

And if in a majority of the States a majority of the electors voting approve the proposed law, and if a majority of all the electors voting also approve the proposed law, it shall be presented to the Governor-General for the Queen's assent.

No alteration diminishing the proportionate representation of any State in either House of the Parliament, or the minimum number of representatives of a State in the House of Representatives, or increasing, diminishing, or otherwise altering the limits of the State, or in any manner affecting the provisions of the Constitution in relation thereto, shall become law unless the majority of the electors voting in that State approve the proposed law."

Federal Republic of Germany

The Basic law of the Federal Republic of West Germany, which is, in effect, the country's Constitution, came into effect on May 29, 1949.

The Federal Parliament consists of the Bundestag, or Lower House, which is popularly elected, and of the Bundesrat, or Upper House. The Bundesrat is composed of members appointed by the governments of the Laender (states). Each Land (state) has at least three votes; Laender with more than two million inhabitants have four votes; and Laender with more than six million inhabitants have five votes. The members of each Land delegation must vote as a block.

Amendments to the Basic Law require a two-thirds majority in both the Bundestag and the Bun-

desrat. The Laender participate in the amendment procedure only through their representative in the Bundesrat who act on the instructions of the Land governments. Amendments affecting the division of the federation into Laender, the principle of participation of the Laender in legislation through the Bundesrat, or Articles 1 and 20 concerning the basic individual rights of citizens and the origin and limitation of state authority respectively, are inadmissible. Otherwise, amendments may be initiated in the same way as normal legislation.

Up until August, 1976, the Basic Law had been amended 34 times. A large number of proposed amendments have been rejected.

In Germany, most legislation is within the jurisdiction of the federal Parliament, although federal law is often administered by the states. The Basic Law also makes provision for the delegation of the exclusive federal legislative authority to the Laender, and for the principles that should guide the federal legislature and the Laender in legislating on matters of concurrent jurisdiction. Article 71 states that on matters within the exclusive legislative powers of the federation, the Laender have authority to legislate only if, and to the extent that, a federal law explicitly so authorizes them. Article 72 states that on matters within the concurrent legislative powers, the Laender have authority to legislate as long as, and to the extent that, the federation does not use its legislative power. It further stipulates that the federal legislature has the right to legislate on such concurrent matters to the extent that a matter cannot be effectively dealt with by the legislation of individual Laender alone, or because dealing with a matter by a Land law might prejudice the interests of other Laender or of the entire community, or because the maintenance of legal or economic unity makes it necessary.

The text of the amendment procedure is governed by Article 79 of the Basic Law, which reads as follows:

"(1) This Basic Law can be amended only by laws which expressly amend or supplement the text

thereof. In respect of international treaties the subject of which is a peace settlement, the preparation of a peace settlement, or the abolition of an occupation regime, or which are designed to serve the defence of the Federal Republic, it shall be sufficient, for the purpose of clarifying that the provisions of this Basic Law do not preclude the conclusion and entry into force of such treaties, to effect a supplementation of the text of this Basic Law confined to such clarification.

(2) Any such law shall require the affirmative vote of two-thirds of the members of the Bundestag and two-thirds of the votes of the Bundesrat.

(3) Amendments of this Basic Law affecting the division of the Federation into Laender, the participation on principle of the Laender in legislation, or the basic principles laid down in Articles 1 and 20, shall be inadmissible."

Chapter III

The Canadian Constitution and Constitutional Amendment

It is common to speak of the British North America Act of 1867 as the Constitution of Canada. This is not, however, quite accurate. The Constitution of Canada encompasses not only the British North America Act and its formal amendments, but also certain other statutes of the United Kingdom, such as the Statute of Westminster, certain imperial orders-in-council, certain federal and provincial laws of a constitutional character, and letters patent, not to mention a wide range of constitutional customs and conventions which define, among other things, the relationship between the executive and legislative branches of government. Furthermore, these sources are supplemented by judicial interpretation. One must look much further than the British North America Act to determine the rights and responsibilities of the Canadian citizen, both federally and provincially, and the full powers and obligations of governments in Canada.

On the other hand, the British North America Act does provide, among other things, for the constitutional distribution of powers between the federal and provincial governments. It forms the very basis for federalism in Canada and it is for this reason that the federal and provincial governments, desirous of stability and protection of their particular interests, are deeply concerned about the way in which the distribution of powers can be amended. Yet the British North America Act did not provide for a formal amending procedure for such matters. It is only by placing the Act in historical perspective that one may understand this omission.

The British North America Act of 1867 was the fourth new Constitution adopted by the British Parliament in the space of 93 years for the colony known as "Canada" at the time. It followed the Quebec Act of 1774, the Constitutional Act of 1791 and the Union Act of 1840. The Royal Proclamation of 1763, which provided the basic Constitution of "Canada" prior to 1774, resulted from an exercise of the royal prerogative; and the Constitutions of Nova Scotia and New Brunswick, prior to 1867, also resulted from the exercise of this power, as well as

from established custom respecting British colonies acquired by settlement or considered to have been so acquired. The Quebec Act was the first major and comprehensive intervention by the British Parliament, as distinct from the Crown, in the field of colonial government. Among other things, it repealed certain provisions of the Royal Proclamation of 1763. After 1774, basic constitutional change for "Canada," with the exception of the granting of responsible government, was achieved by imperial statute, that is, by a law of the British Parliament.

The three colonies that were joined together in 1867 under the British North America Act as four "provinces" had had internal self-government for almost 20 years, but there was no thought that the new Canada would be independent of Britain. It was consistent with the facts of the situation, then, that the Constitution was, like its immediate predecessors, a statute of the British Parliament. If it did not work out (as its predecessors had not), it could be altered or completely replaced by the British Parliament. There was, at the time, no precedent for an amending procedure for a British statute by a colony, so the omission of a procedure for major adjustment of the Act was not strange.

The British North America Act was not, however, totally unamendable in Canada. It is true that there was no general amending formula for matters of fundamental importance, such as the distribution of powers between Parliament and the provincial legislatures. However, a number of specific provisions of the Act bore a qualification such as: "Until the Parliament of Canada otherwise provides", "Unless altered by the Parliament of Canada", "Until the Legislature of Ontario or of Quebec otherwise provides" or "Until altered by the Lieutenant-Governor in Council."

In addition, Section 92(1) of the Act provided that the legislature of a province might amend the provincial Constitution, except as regards the Office of Lieutenant-Governor.

“Dominion” Status

Following 1867, the Government of the United Kingdom was requested by the Canadian authorities, from time to time, to seek legislation by the British Parliament to amend certain parts of the British North America Act which could not be amended in Canada. Gradually, however, the concept of a “Dominion” as something more self-governing and more independent than a colony was developing, although it was not until the Balfour Report of 1926 that the principle was enunciated of the equality of status of the United Kingdom, Canada and the other “Dominions” that were to form the nucleus of the emerging Commonwealth of Nations. This principle was embodied in the Statute of Westminster of 1931, which provided for the equality and independent status of these countries.

As part of that independence, British legislation would no longer apply to a Dominion unless the Dominion asked that it should. Section 7 of the Statute of Westminster, however, excepted the British North America Act and its subsequent amendments from the general removal of Canada from British legislative authority because the governments of Canada and the provinces could not agree upon a formula for the amendment of certain key areas of the Constitution. Thus, the formal power of the United Kingdom was to continue with respect to the amendment of Canada’s Constitution. Although Canada is now fully recognized throughout the world as an independent federal state, this anomalous situation persists because of the inability of governments in Canada to reach agreement.

The Search for an Amending Procedure

The publication of the Balfour Report in 1926 opened the door for Canada to remove itself completely from the legislative authority of the British Parliament. The principal problem to be resolved, as noted above, was that of finding an amending formula for the British North America Act, so final

control over the Act could be brought to Canada or, to use the current expression, so the Act could be “patriated.”

(1) *The first attempt* to solve the problem occurred in 1927 at a Dominion-Provincial Conference. The conference examined a proposal submitted by the Minister of Justice, the Honourable Ernest Lapointe, which involved patriation with a special amending formula. Agreement of all participants was not forthcoming.

(2) *The second attempt* to resolve the matter was at the Dominion-Provincial Conference of April, 1931, which was convened in response to representations by Ontario. Unable to obtain agreement on a special amending formula and conscious of the desire of the provinces to maintain their jurisdiction, Prime Minister Bennett introduced a resolution into the House of Commons on June 30, 1931, subsequently approved by the Senate and forwarded to London, requesting that the British North America Acts, 1867—1930, be excepted from the terms of the proposed Statute of Westminster which would allow a Dominion to remove itself from the authority of British legislation.

(3) *The third attempt* occurred in January, 1935, when the House of Commons established a special committee to enquire into the need to amend the British North America Act and the procedure for amendment. The committee held 10 sessions but did not propose a procedure for amendment in its report.

(4) *The fourth attempt* originated in the Dominion-Provincial Conference of 1935, which established a sub-conference on constitutional questions under the chairmanship of the Minister of Justice, the Honourable Ernest Lapointe. Following a recommendation of the sub-conference, a Continuing Committee on Constitutional Questions was convened on January 28, 1936. The committee devised an amending formula incorporating elements of flexibility and protection, but it was not adopted.

Between the fourth and fifth attempts to find a special amending formula, an important step was taken by the Right Honourable Louis S. St-Laurent to deal with the more limited question of to what extent Parliament, acting alone, should have the power to amend the Constitution of Canada. The legislatures of the provinces, under Section 92(1) of the British North America Act, already had the power to amend the provincial Constitutions, except as regards the Office of Lieutenant-Governor. The British North America Act was amended in 1949 to grant to the Parliament of Canada the power to amend the Constitution of Canada, with certain exceptions under a new Section 91(1). This was done pursuant to an address passed by the two Houses of the Canadian Parliament. The new section specifically reserved certain matters from the general authority of the Parliament of Canada to amend the Constitution:

- (a) the distribution of legislative authority;
- (b) the rights and privileges constitutionally granted to the legislatures or governments of the provinces;
- (c) the rights and privileges granted to any class of persons with respect to schools;
- (d) the use of the English or of the French language;
- (e) the requirement that there be at least one session of Parliament annually; and that no House of Commons continue for more than five years from the day of the return of the writs (except if not opposed by more than one-third of the members of the House in time of war, invasion or insurrection).

If an amendment were required in these excepted areas, it was and remains necessary to ask the British Parliament to adopt the appropriate legislation. The areas covered by these exceptions are among the most important parts of the Constitution.

(5) *The fifth attempt* occurred in 1950, when a Constitutional Conference was convened in Ottawa

in January and continued its work in Quebec City in September. It was subsequently suspended because of the Korean crisis and the work was not resumed.

(6) *A sixth attempt* was inaugurated in July, 1960, at a Dominion-Provincial Conference in Ottawa. The Conference of Attorneys-General met four times during the succeeding 14 months. At first, the Minister of Justice, the Honourable E. D. Fulton, suggested that the authority to amend the Constitution of Canada, in all respects not yet amendable in Canada, be transferred to the Parliament of Canada with its exercise being subject to the consent of the legislatures of all the provinces. It was generally felt, however, that a less rigid formula could be found. A formula was devised in November, 1961, but some differences of view remained and the plan was not carried through.

(7) *A seventh attempt* began at the suggestion of Prime Minister Pearson in June, 1964. Premier Manning of Alberta, on behalf of the premiers, informed the Prime Minister of the belief that general agreement could be achieved on the basis of the 1961 proposal. At a Federal-Provincial Conference held in October, 1964, a modified version of the 1961 proposal was approved in principle and it became popularly known as the Fulton-Favreau formula in honour of the two federal Ministers of Justice associated with it. Premier Lesage of Quebec subsequently withdrew his support, and consideration of the matter was postponed indefinitely. It was, however, the first time governments in Canada had come so close to full agreement on an amending procedure and the patriation of the Constitution. For this reason, the formula warrants special attention and will be outlined later in this chapter.

(8) *An eighth attempt* began with the Federal-Provincial Conference of February, 1968, which became a continuing Constitutional Conference. The Constitutional Conference, with its various committees of ministers and officials and its sub-committees, operated from 1968 until the Canadian Constitutional Charter was presented at Victoria in mid-June, 1971.

The Victoria Charter as it became known, provided for a patriation procedure, an amending formula which all governments there represented were prepared to accept, a number of changes in substantive areas, and the modernization of the Constitution.

The amending procedure agreed to at Victoria differed from the Fulton-Favreau formula (and, indeed, from all major proposals previously considered at federal-provincial meetings) in that the unanimous consent of all 11 legislative bodies in Canada would not be required for the amendment of any part of the Constitution. The Victoria Charter amending formula will also be outlined later in this chapter. At Victoria, it was agreed that the Charter should be reported to all 11 governments for consideration and that if its acceptance, as a whole, was communicated to the secretary of the Constitutional Conference by June 28, 1971, governments would then take the further step of recommending the Charter to their respective legislative bodies.

By June 28, all governments, except those of Quebec and Saskatchewan, had advised the secretary that the Charter was acceptable. The Government of Quebec informed the secretary on June 23 that it could not recommend the Charter to the Quebec National Assembly because the clauses dealing with income security allowed for a degree of uncertainty which was not in keeping with the objectives of the constitutional review. Coupled with this rejection was the qualification that the position of the Quebec government could be different if the uncertainty was removed. A provincial general election was held in Saskatchewan on June 23 and it resulted in a change of government. Given the position of the Government of Quebec, the new premier did not proceed with the matter.

(9) A *ninth attempt* to reach agreement on an amending procedure and patriation of the Constitution was launched at a dinner attended by the federal and provincial First Ministers in Ottawa on April 9, 1975. Prime Minister Trudeau proposed that they should proceed at an early date toward patriation of

the British North America Act on the basis of the amending formula agreed to at Victoria in 1971, for those parts of the Constitution which could not be amended in Canada. He suggested that this should be done without reopening, at that time, any other substantive questions of constitutional revision; these could be left for action after the amending procedure had been established and the Constitution patriated.

Premier Bourassa of Quebec indicated, at the outset, that he would be able to agree to such action only if it also included constitutional guarantees for the French language and culture. In the course of subsequent discussions, other premiers suggested further additions to the proposal for patriation of the Constitution with an amending formula. These included the parts of the Victoria Charter concerning the Supreme Court and regional disparities. On March 31, 1976, the Prime Minister wrote to the premiers to present a proposal that sought to take account of these various concerns and provide the basis for patriation.

Premier Lougheed of Alberta, on behalf of his colleagues, replied to the Prime Minister on October 14, 1976. He noted that while the more flexible Victoria amending procedure was acceptable to eight of the premiers, he personally wished to return to the more rigid principle of the Fulton-Favreau formula, while Premier Bennett of British Columbia wished to ensure that no amendment of a key entrenched area of the Constitution could be made without the consent of the legislature of his province. Furthermore, Premier Lougheed indicated that the premiers were not unanimously prepared to proceed with patriation of the Constitution and an amending formula without, at the same time, amending the Constitution in certain respects, including a number of amendments related to the distribution of powers.

Although the Prime Minister, in his letter of January 19, 1977, asked the premiers to reconsider their position, no new joint position has since been taken by the premiers on the question of patriation of the

Constitution with an amending formula for key entrenched areas.

On June 12, 1978, the Government of Canada published a White Paper entitled *A Time for Action*, in which it proposed to proceed toward the constitutional renewal of the Canadian Federation in two phases. During the first phase, the Government of Canada, after consultation with the provinces, would ask Parliament to amend certain areas of the British North America Act that are within the competence of Parliament under Section 91(1).

During the second phase, the Government of Canada, in collaboration with the provinces, would seek to achieve a consensus on changes which should be made in those areas of the Constitution not now amendable in Canada, notably the distribution of powers. Whether or not consensus on an amending formula to permit full amendment of the Constitution in Canada should be achieved simultaneously with, or prior to completion of, the second phase is a question that has yet to be decided.

Before looking at options for an amending procedure for key entrenched areas, however, it will be useful to summarize the various precedents already established and to describe in detail both the Fulton-Favreau formula and the Victoria amending formula.

Observations Based on Past Practice

The Parliament of the United Kingdom amended the British North America Act on a number of occasions between 1867 and 1964, and, on the basis of the manner in which proposed amendments were handled, four observations may be drawn.

- (a) *The first observation* is that although an enactment of the United Kingdom Parliament is necessary to amend those parts of the British North America Act not yet amendable in Canada, such action is taken only upon a formal request from Canada. Furthermore, every amendment requested by Canada has been enacted.

- (b) *The second observation* is that the Government and Parliament of the United Kingdom will not act at the request of a province or of provinces on the grounds that the United Kingdom should not intervene in the affairs of Canada except on the advice of the Government of Canada acting on behalf of all of Canada.
- (c) *The third observation*, closely related to the first two, is that the sanction of the Parliament of Canada, by means of a "Joint Address" of both Houses to the Crown, is required for a request for an amendment of the British North America Act. In 1895, the Government of Canada successfully requested, without a Joint Address, an amendment which sought confirmation of a federal statute providing for the appointment of a Deputy-Speaker of the Senate. However, since then, the practice has invariably been to seek amendments by a Joint Address.
- (d) *The fourth observation* is that, although not constitutionally obliged to do so, the Government of Canada, before asking Parliament to adopt a Joint Address, sought and obtained the consent of all provinces on the three amendments (1940, 1951 and 1964) that involved the distribution of powers.

The nature and the degree of provincial participation in the amending process have not lent themselves to easy definition. There have been five instances—in 1907, 1940, 1951, 1960 and 1964—of federal consultation with all provinces on matters concerning all of them. There has been only one instance—in 1930—in which an amendment was sought after consultation with only those provinces directly affected by it. Finally, there have been 10 instances—in 1871, 1875, 1886, 1895, 1915, 1916, 1943, 1946, and two in 1949—of amendments to the Constitution without prior consultation with the provinces on matters that the federal government considered were of exclusive federal concern. In the last four of these, one or two provinces protested that federal-provincial consultations should have taken place prior to action by Parliament.

The Fulton-Favreau and Victoria amending formulae sought to define the requirements for provincial consultation and consent.

The Fulton-Favreau Formula

The Fulton-Favreau formula was drafted in the form of an Act in 1964 and, like previous proposals put forward at federal-provincial conferences, it was highly complex. All amendments of the Constitution would take the form of an Act of the Parliament of Canada, subject, in a wide range of matters, to the concurrence of provincial legislatures. The formula provided for unanimous consent for certain classes of subjects, including the entire range of the distribution of powers. Otherwise, it provided for varying degrees of flexibility, depending upon the subject matter. It further restricted the power of the Parliament of Canada to amend the Constitution under 91(1) by adding the following items to the excluded categories: the functions of the Queen and the Governor General; provincial representation in the Senate, the residence qualifications of Senators and the requirements for summoning; the right of a province to no fewer MP's than Senators; the principles of proportionate representation in the House of Commons; and the use of the English or French language. On the other hand, the Fulton-Favreau formula introduced a new kind of flexibility with the concept of the delegation of legislative authority.

Before turning to the Victoria amending formula, it would be useful to examine the details of the Fulton-Favreau formula of 1964.

A Proposed Act to Provide for the Amendment in Canada of the Constitution of Canada (1964)

Part I

- (a) The power to amend, repeal or re-enact any provision of the Constitution of Canada is accorded to the Parliament of Canada, subject to the other provisions of Part I.

- (b) No amendment to the proposed 1964 Act, to Section 51A of the British North America Act of 1867 (a province's representation in the House of Commons shall not be less than the number of Senators for the province), or to any other provision of the Constitution of Canada relating to

i) the powers of the legislature of a province to make laws;

ii) the rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the legislature or the government of a province;

iii) the assets or property of the province; or

iv) the use of the English or French language

shall come into force unless it is concurred in by the legislatures of all the provinces.

- (c) The provisions of (b) do not apply to provisions of the Constitution of Canada which refer to one or more, but not all of the provinces, in which case only the approval of the provincial legislature concerned is required.

- (d) Provisions of the Constitution of Canada respecting education in any province other than Newfoundland can only be amended by the concurrence of all provincial legislatures, except Newfoundland, and similar provisions respecting Newfoundland require the approval of that province's legislature.

- (e) For matters not otherwise provided for—including most of the exceptions to the exclusive power of amendment of Parliament—the consent of two-thirds of the provincial legislatures is required.

(f) The Parliament of Canada may exclusively make laws to amend the Constitution of Canada in relation to the executive Government of Canada, the Senate and the House of Commons, except as regards

- i) the functions of the Queen and the Governor General in relation to the Parliament or Government of Canada;
- ii) the requirements of the Constitution of Canada respecting a yearly session of Parliament;
- iii) the maximum period fixed by the Constitution of Canada for the duration of the House of Commons, except that the Parliament of Canada, may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection, continue a House of Commons beyond such maximum period, if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of the House;
- iv) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate;
- v) the residence qualifications of Senators and the requirements of the Constitution of Canada for the summoning of persons to the Senate by the Governor General in the Queen's name;
- vi) the right of a province to a number of Members in the House of Commons not less than the number of Senators representing the province;
- vii) the principles of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada; and
- viii) the use of the English and French language.

For these matters, the amending formulae would be one of the preceding formulae—in most cases, (e).

(g) Provincial legislatures may amend their own Constitutions except as regards the Office of Lieutenant-Governor.

(h) Provisions not covered under the authority of (f) or (g) are subject to the procedures of (a) to (e) of the Act.

(i) Parliament and the legislatures retain any amending power they might possess under specific provisions of the Constitution.

(j) The expression "Constitution of Canada" is defined.

Part II

(k) Sections 91(1) and 92(1) are repealed.

(l) A section was added to permit four or more provinces to authorize Parliament to enact specific laws within what would otherwise be a provincial field of jurisdiction, and similarly to permit Parliament to authorize four or more provinces to enact specific laws within a field that would otherwise be under federal jurisdiction.

The Victoria Amending Formula

Unlike the Fulton-Favreau formula, the Victoria amending formula was characterized by a relative degree of simplicity. It departed significantly from all previous proposals in that no amendment to the Constitution of Canada would require the unanimous consent of the provincial legislatures. Amendments to key areas of the Constitution, including the distribution of powers and matters excepted from the exclusive power of Parliament, could be made with the consent of Parliament and the consent of the legislatures of two Atlantic provinces, of Quebec, of Ontario and of two Western provinces representing at least 50 per cent of the population of the Western provinces. Amendments applying to one or more, but not all, of the provinces could be made with the consent of Parliament and the legislatures involved. Amendments to the Constitution would take the

form of a Proclamation of the Governor General rather than of an Act of Parliament. Finally, provision was made for Parliament and the legislatures each to exercise certain exclusive powers of amendment.

For the purpose of a better comparison with the Fulton-Favreau formula, the details of the Victoria amending procedure may be set out in the following manner:

- (a) Amendments to the Constitution of Canada may be made when authorized by a joint resolution of Parliament and resolutions by legislatures in a majority of the provinces, including:
 - i) any province having or having had 25 per cent of the population of Canada;
 - ii) at least two Atlantic provinces; and
 - iii) at least two Western provinces having at least 50 per cent of the population of the Western provinces.
- (b) Amendments to any provision that applies to one or more, but not all, of the provinces require a joint resolution of Parliament and resolutions by the provincial legislatures concerned.
- (c) The House of Commons may, under a determined procedure, override the lack of affirmative action by the Senate.
- (d) The Senate, the House of Commons or the legislature of a province may initiate a resolution under (a) or (b) and a resolution may be revoked at any time before the issue of a proclamation authorized by it.
- (e) The Parliament of Canada may exclusively make laws to amend the Constitution with respect to the executive Government of Canada, the Senate and the House of Commons.
- (f) Each provincial legislature may exclusively make laws to amend its own Constitution.
- (g) Notwithstanding (e) and (f), the following matters may only be amended in accordance with the procedure in (a) above;
 - i) the office of the Queen, of the Governor General and of the Lieutenant-Governor;
 - ii) the requirements of the Constitution of Canada respecting yearly sessions of the Parliament of Canada and the Legislatures;
 - iii) the maximum period fixed by the Constitution of Canada for the duration of the House of Commons and the Legislative Assemblies;
 - iv) the powers of the Senate;
 - v) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate, and the residence qualifications of Senators;
 - vi) the right of a province to a number of Members in the House of Commons not less than the number of Senators representing the province;
 - vii) the principles of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada; and
 - viii) except as provided in another section of the Charter, the requirements of the Charter respecting the use of the English or the French language.
- (h) The procedure in (a) above may not be used when there is another procedure for amendment in the Constitution, but it may be used to amend any amending procedure in the Constitution or to make a general consolidation or revision of the Constitution.

The Victoria amending formula abandoned the full rigidity of the specially protected elements of the Fulton-Favreau formula (unanimous concurrence of all provincial legislatures) and introduced the notion

of regional protection (concurrence of the legislatures of two Atlantic provinces, of Quebec, of Ontario and of two Western provinces, representing at least 50 per cent of the population of the Western provinces).

Both the Fulton-Favreau formula and the Victoria formula provided protection for the Monarchy, the office of the Governor General and that of Lieutenant-Governors. The Fulton-Favreau formula protected certain provisions respecting the Parliament of Canada and the House of Commons, to which the Victoria formula added certain provisions respecting provincial legislatures. Both the Fulton-Favreau formula and the Victoria formula protected certain provisions respecting the Senate, although the Victoria formula went further and added the powers of the Senate. Both entrenched the use of the English

and French languages, although the Victoria formula was part of a larger Charter which was more explicit about the use of those languages.

On the other hand, the Victoria amending procedure did not provide special and explicit protection for the assets and property of a province, as the Fulton-Favreau formula had done, nor did it contain a section dealing with the delegation concept, which added a degree of flexibility to the otherwise rigid procedure governing the distribution of powers in the Fulton-Favreau formula.

Finally, both formulae were based on the premise that constitutional amendment should require the concurrence of Parliament and the provincial legislatures and not simply the concurrence of governments.

Chapter IV

Constitutional Renewal and the Amending Formula

In *A Time for Action*, the Government of Canada noted that in order to complete the renewal of the Constitution, it is essential that agreement be reached at an early point on the procedure for changing those parts of the Constitution that cannot or should not be amended by legislative action taken alone by either the Parliament of Canada or the legislatures of the provinces. Agreement within Canada on such an amending procedure would imply the termination of the power of the Parliament of the United Kingdom to legislate with respect to the Canadian Constitution and the total transfer of the Constitution to Canada.

It is appropriate, then, that public debate should now begin on the nature of the amending procedure that Canadians might wish to adopt to provide for the full capacity in Canada to adjust the Constitution in the years ahead to meet changing circumstances. This debate will not occur in a vacuum: the question of a special amending procedure has been discussed intermittently for over 50 years. Furthermore, the experience of certain other federations, such as the United States, Switzerland, Australia, and the Federal Republic of Germany, while particularly suited to their own circumstances, may nonetheless offer useful guidance.

It is imperative at the outset to underline three things. First is the need for an element of rigidity or stability. Federations result from a desire among the constituent units for a political union in which complete legislative authority would not be vested in a single central legislature. While important legislative powers are assigned to the central legislature, equally important ones are also allocated to the legislatures of the constituent units. Federations are therefore characterized by an interplay of centripetal and centrifugal forces. It is the lack of homogeneity and the less than complete identity of interests among the units that lead the framers of federal constitutions to deal in a special way with the distribution of legislative powers and other matters of particular significance to both the central legislature and the legislatures of the units. Such matters are

normally “entrenched” in the Constitution, that is, placed beyond the sole action of any one legislative body. Entrenchment is usually designed with elements of rigidity to provide a guarantee to the various units of a federation that their particular interests will not be jeopardized by another government acting on its own.

Second is the need for an element of flexibility. The circumstances in which Constitutions are born change over time, and the procedure for constitutional amendment must contain sufficient elements of flexibility to permit adjustment when necessary. If the procedure adopted is too rigid or cumbersome, there is a danger that action may not be possible when needed and that the Constitution may gradually lose its vitality and relevance. A completely rigid procedure could become a strait-jacket, impairing the capacity of a people to prosper and develop. Such a procedure would provide the maximum protection possible for the interests of the constituent units at the time of entrenchment, but would make it harder, rather than easier, for the legislatures of the constituent units, as well as for the central legislature, to obtain protection for other interests as circumstances changed. Finding the appropriate balance between rigidity and flexibility will be the most difficult question to be resolved.

Finally, all Constitutions, whether unitary or federal, must, in the last analysis, be predicated on good faith and provide a secure base for rights and freedoms. A Constitution based on deep-seated mistrust or misunderstanding can never succeed. A free and democratic people will enter a constitutional debate with generosity of spirit, confident in the future and trusting in the ultimate good sense of the citizens. Such a people will recognize that democracy is not merely the rule of the majority and that for many citizens, their sense of security would be assured by constitutional guarantees designed to protect their particular concerns from harmful actions by governments and legislatures, whether by inadvertence or insensitivity. The need for such assurances would seem to be greater in a federal

state where different orders of government can have conflicting concepts of the rights and freedoms of the people.

The Fulton-Favreau Formula and the Victoria Charter Formula

Bearing in mind these considerations, one may examine the two major amending procedures developed in Canada over the past 25 years, both of which came close, in their day, to universal acceptance: the Fulton-Favreau formula of 1964 and the Victoria Charter formula of 1971.

Seen in retrospect, the Fulton-Favreau formula (which has already been described in Chapter III) would have provided Canada with the most rigid amending procedure of any federation for changing key entrenched areas of its Constitution, with the exception of the Federal Republic of Germany where, as noted in Chapter II, certain types of amendments are ruled out altogether by the Constitution. Under the Fulton-Favreau formula, the agreement of all provincial legislatures and the Parliament would have been required for the amendment of a wide range of matters. The ultimate rejection of the formula by Premier Lesage, in large measure because of its excessive rigidity, may well have been a decision of ultimate benefit to all of Canada. Nevertheless, a re-examination of some aspects of this formula may be useful in the renewed search for an amending procedure that would be generally acceptable to Canadians.

A new attempt was made during the period of constitutional review, between 1968 and 1971, to devise a procedure that would achieve a better marriage of the need for rigidity with the requirements of flexibility. The amending formula included in the Victoria Charter was less rigid than the Fulton-Favreau formula, although it too was less flexible than those of most of the other major federations of the "Western" world which have adopted procedures generally based on special mathematical majorities without requiring the assent of any specif-

ic region or constituent units (for example: a majority of the electors voting in the country as a whole, coupled with a majority of those voting in a majority of the constituent units). The Canadian situation dictated a procedure that took cognizance of two basic facts, among others:

- (a) Canada has always been, and is still today, a country with exceptionally strong regional identities, and the interests of the several regions are by no means always congruent; and
- (b) Canada is a country where the persistence of English and French as the two principal languages spoken by Canadians has proven to be one of the most enduring characteristics of our national identity, with those speaking French living principally in the Province of Quebec, and those speaking English living principally in the other provinces.

In consequence of these considerations, it was proposed in the Victoria Charter of 1971 (which has been described in Chapter III) that key entrenched areas of the Constitution could be altered only with the agreement of Parliament, two legislatures in Atlantic Canada, the legislature of Quebec, the legislature of Ontario and the legislatures of two provinces in Western Canada representing at least 50 per cent of the population of the Western region. While the Fulton-Favreau formula would have required the agreement of all 11 legislative bodies for such key amendments, the Victoria Charter procedure would have required the consent of Parliament and of at least six provincial legislatures representing about 80 per cent of Canada's population. All of the participants at the Victoria Conference agreed that this arrangement should form part of the Victoria Charter, which would be reported to all 11 governments for consideration. The Government of Quebec subsequently decided not to proceed with legislative approval of the Charter for reasons related to the provisions respecting social policy. Learning of the Quebec government's decision, the newly elected Government of Saskatchewan also did not proceed with the matter.

The consensus achieved at Victoria has weakened somewhat over the past three years. Although they would still appear willing to proceed on the basis of the Victoria amending procedure, two premiers have queried the necessity of retaining the population qualification for the concurrence of legislatures in Western Canada, while one premier has expressed a desire to have British Columbia treated as a full region in its own right. Finally, one premier has called for a return to the "unanimous consent" procedure put forward in the Fulton-Favreau formula for certain entrenched areas of the Constitution.

The Government of Canada is not wedded to the Victoria amending formula. Nevertheless, the proposal put forward at Victoria did manage, in a way no other proposal had done before, to strike a balance between, on the one hand, the need for protecting the interests of a particular province and, on the other, the need for a degree of flexibility to serve the interests of the provinces in general and the country as a whole. Furthermore, the Victoria formula achieved a greater degree of simplicity than any previous proposal. The Victoria amending formula, then, would appear to present a useful point of departure in the current quest for a method of amendment capable of securing the greatest degree of agreement and support among the governments and legislative bodies and the people of Canada.

A possible modification of the basic Victoria procedure will now be examined which would include the limited use of popular referenda as a supplement to the basic procedure. A further way of amending the Constitution will also be considered, and that is the use of referenda as an alternative to the final decision-making role of Parliament and the legislatures.

The Victoria Formula—Coupled with an "Appeal Procedure"

In the case of the Victoria procedure it is apparent that a proposal to amend the Constitution may fail

for the want of the approval of a single region, as expressed by the provincial legislature or legislatures concerned, or of Parliament. This would happen, on the one hand, if Parliament and three regions were in favour and one region opposed, and on the other hand, if four regions were in favour and Parliament opposed. Since requiring this degree of assent is stringent, compared with amendment procedures in the other federations described in Chapter II, it may be argued that there should be a supplementary mechanism that might allow for greater flexibility. Such a mechanism could take the form of providing that, in certain circumstances, an appeal may be made from the dissenting vote of provincial legislatures or of Parliament to the vote of the people, to be expressed in a popular referendum, in the manner explained below.

The question of whether and in what circumstances a legislative body should be overruled by a popular referendum is a complex one, involving considerations of whether the legislature still has a "mandate" to represent the voters; whether the fortunes of Canada's "first past-the-post" electoral system may have, in the case in question, resulted in a government which, while it has a majority of seats, was elected by much less than a majority of voters; and, perhaps more fundamentally, whether decisions are better made and minority interests better taken into account by the people directly in a popular vote, or by a legislature.

There does seem to be a trend in some democracies to take a greater interest in mechanisms which reflect more closely the wishes of the majority, whether that be in a referendum process or in a system based on proportional representation. The Government was attempting to respond to this trend both in its recent Referendum Bill and in its proposals for the new House of the Federation, where representation of political parties would, to a large extent, be proportional to the popular vote.

If Canadians believe that a popular referendum may, in some circumstances, be an appropriate way

of making decisions, the mechanism could be used for amending the Constitution, either to the exclusion of other procedures—and this option will be discussed later—or as a supplement to a procedure such as the basic Victoria formula. In the latter case, the following possibilities could be considered:

- (a) If a sufficient number of provincial legislatures approve a proposed amendment, so that all four regions are of one mind, and if Parliament takes the opposite view, a national referendum could be held if the provinces so requested to ascertain the wishes of the majority of Canadians.
- (b) If three regions and Parliament favour an amendment but the fourth region is opposed, as determined by the vote of the legislature or legislatures concerned, a referendum could be held in the dissenting region to ascertain the wishes of Canadians in that region. A majority of those voting in the region would decide the issue.

The “appeal procedure” provided by (a) and (b) above to the Victoria procedure could make it somewhat easier to amend the Constitution by providing for more ways of having an amendment approved. It should be noted that the additional flexibility which results from an appeal to supplementary popular referenda works, of itself, neither in the direction of additional power for Parliament nor of additional power for provincial legislatures.

The Exclusive Use of Referenda

One could, of course, provide in the Constitution that all amendments should be brought about only by popular vote, thus excluding a role in the final decision process either for Parliament or for the provincial legislatures. One would then provide for different kinds of referenda to correspond with the subject matter of the proposed amendment. For example, there could be

- (a) a provincial referendum for matters which require the consent of the province concerned;
- (b) a national referendum, with a majority required in each province, for matters which require provincial unanimity;
- (c) a national referendum, with a majority required in each of the four regions, for matters which are to be subject to a Victoria-type “regional consensus” formula.

Some of the arguments for and against referenda have already been mentioned. There are others. One may, in Canada, argue against their use on the grounds that they have not been part of our national tradition. One may also argue that it is both difficult and unwise to submit complex questions (and some constitutional amendments will necessarily be complex) for decision by this means. On the other hand, it may be argued that a referendum stimulates public interest and debate, and can make a positive contribution to the political process.

The Government of Canada has already introduced a Bill providing for the possibility of referenda on constitutional matters. That Bill does not propose specific ways of using the referendum instrument for constitutional amendment. The Government of Canada will be interested in the views of the provinces and of others on this question.

In Summary: Four Alternative Ways of Amending the Constitution

The various possibilities for constitutional amendment which have been discussed in this chapter are listed below:

1. The Fulton-Favreau formula
2. The Victoria formula
3. The Victoria formula supplemented by referenda
4. The exclusive use of referenda

Initiation of Constitutional Amendments

The Constitutions of several countries provide for a formal method of proposing or “initiating” constitutional amendments that is different from the method for deciding upon or “ratifying” the amendments. The initiation procedure is usually easier in that it involves the agreement of fewer people or legislative bodies. The rationale for having a different and easier procedure may be compared with the rationale for allowing the introduction of legislation by legislators or groups of them who cannot, acting alone, ensure the passage of the legislation. In either case, whether that of a constitutional amendment or of legislation, the process of initiation permits a demonstration of concern and a statement of position, which in turn can stimulate political debate and the process of decision-making.

Because the initiation procedure usually imposes obligations on those who decide on constitutional amendments, whether they be legislators or the people voting in a referendum, to give serious and formal consideration to what has been proposed (which they may then accept or reject), the procedure should not give rise to an excessive number of proposals; nor on the other hand should valuable initiatives be deterred. Again, as with the final decision-making procedure itself, it is a question of finding a reasonable balance. It is worth looking at the procedures that some other federal countries use, and to recall the initiation procedure that was envisaged in the Victoria Charter.

In Australia, the power to initiate constitutional amendments rests solely with the federal Parliament. If Parliament concurs in a proposal, it is then put directly to the people in a national referendum for ratification. While the states can suggest amendments, they have no formal power to initiate them.

In the United States, two methods of initiation are provided for: amendments may be proposed to the states following a vote of two-thirds of both Houses of the federal Congress; or, on the application of the

legislatures of two-thirds of the states, Congress is obliged to call a convention for proposing amendments. Provision is also made for two methods of ratification, either of which may be proposed by Congress: ratification by the legislatures of three-fourths of the states or by conventions in three-fourths of the states.

In Switzerland, amendments to the federal Constitution may be initiated by the federal legislature or by a petition of 100,000 registered voters. In the latter case, the federal legislature may add a counterproposal. The amendment is then voted on in a referendum.

In Germany, the initiation and ratification process both take place within the federal Parliament where the states are represented directly in the Upper House.

It is evident that in these four countries, the federal legislature is given a key role in the procedure for initiating constitutional amendments. No state or cantonal legislature can, acting on its own, propose an amendment.

The Victoria amending procedure provided that, for the most rigorously entrenched parts of the Constitution, either the Parliament of Canada or the legislature of a province could propose a constitutional amendment. Initiation of a proposal by any legislative body would constitute, at the same time, ratification by the same body. This was a sort of informal initiation procedure, however, as initiation by Parliament or a legislature carried with it no obligation for any other legislative body to consider and decide upon what had been proposed.

Various alternatives, in addition to the method suggested at Victoria, could now be considered on their merits. One new element in the situation, as compared with that existing at the time of the Victoria Charter, is the proposal for a new kind of second chamber for the Canadian Parliament. If the new House of the Federation, proposed in the Gov-

ernment's Bill C-60, finds general acceptance and is incorporated in Canada's Constitution, it would add to our political system an important new institution for the expression of regional interests which might be given some role to play in the initiation process. It might supplement, rather than substitute for the role of provincial legislatures so far as initiating constitutional amendments is concerned.

Among the additional alternatives which could be considered are the following. In some cases two or more of them could co-exist with one another:

- (a) Parliament acting alone.
- (b) A combination of any four provincial legislatures, to include one from each of the four regions.
- (c) Any one region acting alone, a region being defined as in the Victoria formula, e.g., the

legislature of Ontario, or any two from the Atlantic region.

- (d) A two-thirds vote of the new House of the Federation.
- (e) A popular initiative consisting, for example, of a certain minimum percentage of registered voters, from across the country as a whole, or from each of four regions, or from one region, the percentages possibly differing in each case.

In addition to all of the above questions, certain procedural matters would have to be addressed in the final provisions in the Constitution which relate to constitutional amendment. For example, the time limits which should apply for the handling of constitutional initiatives may need to be spelled out, as may the method of agreeing upon a satisfactory wording of a proposed amendment.

Conclusion

The document *A Time for Action*, which was tabled in Parliament on June 12, 1978, sets out the first segment of the Government's proposals for the renewal of the Canadian Federation. On the question of an amending formula and "patriation," the Government has not brought forward new proposals of its own, but has emphasized the need for governments to work together toward a solution. *A Time for Action* says this:

"It is essential that agreements be reached at an early point on a procedure for changing those parts of our Constitution that cannot now be amended by either the Parliament of Canada or the legislatures of the provinces. We will have to go to London for action by the British Parliament to make many of the changes that will emerge from the work of renewal. This is demeaning for an independent country, but a legal necessity since we have never remedied the omission in the legislation of 1867 to provide a complete method of amending the British North America Act in Canada. . . . It is now imperative that we

find a means by which all change in our Constitution can in future be made in Canada.

"Patriation of the Constitution will be the result of the final action by the Parliament of Great Britain in respect of Canada. That action will be to terminate the British Parliament's power to legislate with respect to our Constitution—a power, unwanted by Britain, which has endured solely because of our own failure to agree on a complete method of amendment. When we have reached such agreement we can, at last, encompass the total transfer of our Constitution to this country. After more than a century as a nation, we shall have "patriated" our Constitution. We shall have reached the end of more than 50 years of effort to achieve this goal."

The Government hopes that the historical review and the examination of alternatives, which are being made available through the publication of this paper on *The Canadian Constitution and Constitutional Amendment*, will be a useful contribution to the important discussions that will soon be joined.



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada



Gouvernement
du Canada

Government
of Canada

Le document intitulé *Le temps d'agir*, qui a été déposé devant le Parlement le 12 juin, énonce la première partie des propositions du gouvernement relatives au renouvellement de la fédération canadienne. Pour ce qui est de la formule de modification et du «rapatriement», le gouvernement n'a pas pré-senté de nouvelles propositions, mais il a insisté sur le fait que les gouvernements devaient chercher ensemble une solution. Dans *Le temps d'agir*, il est dit ceci:

«Il est essentiel qu'un accord intervienne bientôt sur une procédure nous permettant de modifier les dispositions de notre constitution qui ne peuvent présentement être amendées par le Parlement fédéral ou les législatures provinciales. Nous devons, en effet, nous adresser au Parlement de Westminster pour effectuer plusieurs des modifications qu'entraînera le renouvellement constitutionnel. Pareil recours n'est rien de moins qu'une indignité pour un pays indépendant; mais nous y sommes tenus sur le plan juridique, puisque nous n'avons jamais remédié adéquatement aux lacunes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, lequel ne prévoyait pas de procédure complète d'amendement.... Il est maintenant impérieux que nous trouvions le moyen de modifier au pays même, à tous égards, la Constitution du Canada.

L'intervention ultime du Parlement du Royaume-Uni dans nos affaires constitutionnelles devra enfin nous permettre de domicilier notre constitution au Canada. Par cette intervention, le Parlement de Londres renoncera au pouvoir dont il dispose toujours de légiférer sur la Constitution canadienne: pouvoir dont le Royaume-Uni voudrait bien se débarrasser et qu'il conserve uniquement parce que nous ne sommes pas parvenus à nous entendre sur une procédure complète d'amendement. Nous pourrions enfin, lorsque nous nous serons entendus sur cette question, envisager de domicilier une fois pour toutes au pays notre constitution. Après plus d'un siècle d'existence, la fédération aura ainsi «rapatrié» tous les actes législatifs qui fondent son existence. Nous aurons, ce faisant, mis un terme à plus de cinquante ans d'efforts.»

Le gouvernement espère que l'étude des fondements historiques et des diverses options possibles qu'il présente dans ce document sur *La Constitution canadienne et sa modification* constituera une contribution valable à l'important débat qui doit bientôt s'ouvrir.

fédéral où les États sont représentés directement à la Chambre haute.

Il est évident que, dans ces quatre pays, la législature fédérale joue un rôle clé dans la méthode de proposition des modifications constitutionnelles. Aucune législature d'État ou de canton ne peut par elle-même proposer une modification.

La procédure de modification de la Charte de Victoria prévoyait que, pour les parties de la Constitution les plus rigoureusement protégées, les modifications constitutionnelles pouvaient être proposées soit par le Parlement du Canada soit par l'Assemblée législative d'une province. La proposition d'une modification par un corps législatif constituerait en même temps la ratification de cette proposition par le corps législatif en question. Toutefois, c'était là une méthode officielle, puisqu'elle n'obligeait aucunement les autres corps législatifs à examiner les propositions du Parlement ou d'une Assemblée législative, et à se prononcer sur celles-ci.

On pourrait maintenant examiner le pour et le contre de diverses méthodes autres que celle de la Charte de Victoria. Un élément qui est venu s'ajouter à la situation de l'époque de la Charte de Victoria est la proposition d'un nouveau genre de Chambre haute pour le Parlement canadien. Si la nouvelle Chambre de la Fédération proposée par le gouvernement dans le projet de loi C-60 est acceptée de façon générale et que les dispositions y afférentes sont insérées dans la Constitution du Canada, elle ajoutera à notre régime politique une institution importante pour l'expression des intérêts régionaux, institution qui pourrait se voir confier un

Voici une liste des autres solutions qui pourraient être envisagées (on pourrait en agencer deux ou plus):

- a) Une action unilatérale du Parlement.
- b) Une combinaison de quatre Assemblées législatives provinciales, une pour chacune des quatre régions.

- c) Une action unilatérale de n'importe laquelle des régions (au sens qui est donné à ce terme dans la Charte de Victoria, par exemple, l'Assemblée législative de l'Ontario ou deux de la région de l'Atlantique).

- d) Les deux tiers des voix de la nouvelle Chambre de la Fédération.
- e) Une proposition du peuple faite, par exemple, par une certaine proportion minimale des électeurs enregistrés dans l'ensemble du pays, dans chacune des quatre régions, ou dans une région, la proportion pouvant varier dans chaque cas.

Il faudrait aborder, outre toutes les questions susmentionnées, certains points de procédure dans les dispositions finales de la Constitution qui ont trait à la modification constitutionnelle. Par exemple, il faudra peut-être préciser les délais applicables au traitement des propositions constitutionnelles, tout comme la méthode de sélection du libellé d'une modification proposée.

n'a rien proposé quant à l'utilisation de l'instrument référendaire pour des modifications constitutionnelles. Le Gouvernement du Canada aimerait entendre les commentaires des autorités provinciales ainsi que de toute autre provenance à ce sujet.

En résumé: quatre façons de modifier la Constitution

Voici les diverses méthodes de modification constitutionnelle dont il a été question dans le présent chapitre:

1. La formule Fulton-Favreau
2. La formule de la Charte de Victoria
3. La formule de la Charte de Victoria combinée à celle des référendums
4. L'usage exclusif de référendums

Proposition de modifications constitutionnelles

Les constitutions de plusieurs pays prévoient, pour la proposition de modifications constitutionnelles, une méthode officielle qui diffère de celle qui est utilisée pour rendre une décision à l'égard des modifications ou les «ratifier». La méthode de proposition est habituellement plus facile du fait qu'elle nécessite le consentement d'un nombre moindre de personnes ou de corps législatifs. La raison pour laquelle on dispose d'une méthode différente et plus simple peut être comparée à la raison pour laquelle on permet que soit présenté un projet de loi devant la législature par un législateur ou par des groupes de législateurs qui ne peuvent d'eux-mêmes assurer l'adoption dudit projet de loi. Dans l'un ou l'autre cas, qu'il s'agisse d'une modification constitutionnelle ou d'un projet de loi, le processus de proposition permet une manifestation d'intérêt et une déclaration de principes qui, à leur tour, peuvent stimuler le débat politique et le processus décisionnel.

Comme la méthode de proposition oblige habituellement ceux qui décident des modifications constitutionnelles, que ce soient les législateurs ou les personnes qui se prononcent lors d'un référendum, à examiner sérieusement et officiellement ce qui est proposé (ils peuvent ensuite l'accepter ou le rejeter), il ne faudrait pas qu'elle engendre un nombre excessif de soumissions; d'autre part, il ne faudrait pas non plus décourager les initiatives valables. Comme dans le cas du processus de décision finale lui-même, il s'agit d'en arriver à un équilibre raisonnable. Il vaut la peine d'examiner les méthodes que d'autres fédérations utilisent et de revoir la méthode de proposition qui a été envisagée dans la Charte de Victoria.

En Australie, le Parlement fédéral a seul le pouvoir de proposer des modifications constitutionnelles. Si le Parlement souscrit à une proposition, celle-ci est soumise directement au peuple dans le cadre d'un référendum national. Les Etats peuvent suggérer des modifications, mais ils n'ont aucun pouvoir de les proposer officiellement.

Aux Etats-Unis, il existe deux méthodes de proposition: on peut proposer des modifications aux Etats si l'on recueille les deux tiers des voix des deux Chambres du Congrès fédéral; ou le Congrès est obligé d'organiser une convention pour proposer des modifications si les législatures des deux tiers des Etats lui en font la demande. Il existe également deux méthodes de ratification, et le Congrès peut proposer l'une ou l'autre: soit la ratification par les législatures des trois quarts des Etats ou la ratification par des conventions dans les trois quarts des Etats.

En Suisse, les modifications à la Constitution fédérale peuvent être proposées par l'Assemblée fédérale ou par voie d'une pétition de 100 000 électeurs enregistrés. Dans ce deuxième cas, l'Assemblée fédérale peut ajouter une contreproposition. La modification est alors soumise à un référendum. En Allemagne, les processus de proposition et de ratification se déroulent tous deux au sein du Parlement

nismes qui reflètent plus fidèlement les désirs de la majorité, que ce soit un référendum ou un système fondé sur une représentation proportionnelle. Le gouvernement essayait de suivre cette tendance, tant dans son récent Projet de loi sur le référendum que dans ses propositions concernant la nouvelle Chambre de la Fédération, où la représentation des partis politiques serait dans une grande mesure proportionnelle aux suffrages exprimés.

Si les Canadiens croient qu'un référendum populaire peut, dans certains cas, être un bon moyen de prendre des décisions, on pourrait alors utiliser ce mécanisme pour modifier la Constitution, soit à l'exclusion de toute autre méthode (il sera question plus loin de cette option) soit à titre de complément à une méthode telle que celle de la Charte de Victoria. Dans ce dernier cas, on pourrait envisager les possibilités suivantes:

a) Si un nombre suffisant d'Assemblées législatives provinciales approuvaient une modification proposée, de telle sorte que les quatre régions étaient du même avis, et si le Parlement s'y opposait, on pourrait organiser un référendum national, à la demande des provinces, afin de vérifier le désir de la majorité des Canadiens.

b) Si trois régions et le Parlement étaient en faveur d'une modification, mais que la quatrième région y était opposée, d'après les résultats du vote de l'Assemblée ou des Assemblées législatives concernées, on pourrait organiser un référendum dans la région dissidente afin de vérifier le désir des Canadiens dans cette région. La majorité des électeurs de cette région réglerait la question.

La «procédure d'appel» prévue aux alinéas a) et b) ci-dessus pourrait faciliter quelque peu la modification de la Constitution en multipliant les façons de faire approuver la modification en cause. Il est à noter que la souplexse additionnelle qui découle d'un appel à des référendums populaires sup-

Usage exclusif des référendums

On pourrait évidemment prévoir dans la Constitution au suffrage universel, excluant ainsi le Parlement ou les Assemblées législatives provinciales de la prise de décision finale. On prévoirait ensuite différents genres de référendum qui correspondraient au sujet de la modification proposée. Par exemple, il pourrait y avoir:

a) un référendum provincial pour les questions qui nécessitent le consentement de la province concernée;

b) un référendum national, dans le cadre duquel une majorité serait exigée dans chaque province, pour les questions qui nécessitent l'unanimité provinciale; ou

c) un référendum national dans le cadre duquel une majorité serait requise dans chacune des quatre régions, pour les questions qui doivent être soumises à une formule de «consensus régional», du genre de celle proposée dans la Charte de Victoria.

On a déjà mentionné certains des arguments pour et contre les référendums. Il y en a d'autres. Au Canada, on peut s'opposer à leur utilisation du fait qu'ils ne font pas partie de notre tradition nationale. On peut également alléguer qu'il est à la fois difficile et imprudent de faire ainsi décider de questions complexes (et certaines des modifications constitutionnelles seront obligatoirement complexes). D'autre part, on peut alléguer qu'un référendum stimule l'intérêt et le débat publics et peut enrichir le processus politique. Le Gouvernement du Canada a déjà présenté un projet de loi qui prévoit l'utilisation des référendums au sujet des questions constitutionnelles. Dans ce projet de loi, le gouvernement

plémentaires ne donne pas forcément plus de pouvoirs ni au Parlement ni aux Assemblées législatives provinciales.

cédures devait faire partie de la Charte de Victoria, qui serait soumise à l'examen des onze gouvernements. Le Gouvernement du Québec a par la suite décidé de ne pas approuver la Charte pour des raisons qui avaient trait aux dispositions reliées à la politique sociale. Informé de la décision du Gouvernement du Québec, le nouveau Gouvernement de la Saskatchewan n'a pas donné suite à la question.

Le consensus que l'on avait établi à Victoria s'est affaibli quelque peu au cours des trois dernières années. Bien que toujours disposés à poursuivre le débat sur la base de la procédure de modification de Victoria, deux premiers ministres ont mis en question la nécessité de conserver la condition relative à la population pour l'assentiment des Assemblées législatives de l'Ouest du Canada, tandis qu'un autre a exprimé le désir que la Colombie-Britannique soit traitée comme une région en elle-même. Enfin, un premier ministre a demandé le retour à la procédure du «consentement unanime» proposée dans la formule Fulton-Favreau pour certains points garantis dans la Constitution.

Le Gouvernement du Canada n'est pas forcément lié à la formule de modification proposée à Victoria. Néanmoins, cette proposition a réussi, comme aucune autre ne l'avait fait auparavant, à établir un équilibre entre, d'une part, le besoin de protéger les intérêts de chaque province et, d'autre part, le besoin d'une certaine souplesse pour servir les intérêts des provinces en général et de l'ensemble du pays. De plus, la formule de Victoria était plus simple que toute autre formule proposée jusqu'à là. Elle semblait donc fournir un point de départ valable pour l'actuelle recherche d'une procédure de modification capable d'obtenir le consentement et l'appui des gouvernements et des corps législatifs, ainsi que du peuple canadien.

On examinera maintenant un changement possible à la procédure fondamentale de la Charte de Victoria; ce changement pourrait prévoir un usage limité de référendums populaires pour compléter la procédure fondamentale. On examinera également

La formule de Victoria assortie d'une «procédure d'appel»

une autre façon de modifier la Constitution; il s'agit d'utiliser des référendums au lieu de laisser au Parlement et aux Assemblées législatives le soin de prendre la décision finale.

Dans le cas de la formule de Victoria, il est évident qu'une proposition de modification constitutionnelle pourrait échouer s'il manquait l'approbation d'une seule région, à savoir d'une ou des Assemblées législatives provinciales concernées, ou du Parlement. Cela se produirait, d'une part, si le Parlement et trois régions étaient en faveur et qu'une région était opposée, et, d'autre part, si quatre régions étaient en faveur et que le Parlement était opposé. Parce qu'un tel degré de consentement constitue une exigence assez stricte comparativement aux procédures de modification des autres fédérations décrites au chapitre II, on peut alléguer qu'il devrait y avoir un mécanisme supplémentaire pour permettre une plus grande souplesse. Un tel mécanisme pourrait prévoir la possibilité, dans certains cas, de porter en appel le vote dissident d'une région ou du Parlement, c'est-à-dire de le soumettre à la population dans le cadre d'un référendum populaire, de la façon expliquée plus bas.

La question de savoir si, et dans quelles circonstances, la décision d'un corps législatif devait être annulée par un référendum populaire est complexe. Il s'agit de déterminer si le corps législatif a toujours le «mandat» de représenter les électeurs; si le régime de scrutin majoritaire à un tour du Canada a, dans le cas en cause, établi un gouvernement qui, bien qu'il ait la majorité des sièges, a recueilli beaucoup moins qu'une majorité des voix; et, ce qui importe peut-être plus, si les décisions sont mieux prises et les intérêts des minorités mieux respectés par le peuple lui-même, dans un scrutin populaire, que par une législature.

Il semble y avoir une tendance dans certaines démocraties à s'intéresser davantage aux méca-

constitutionnelles destinées à protéger leurs intérêts particuliers contre toute attaque que pourraient lancer les gouvernements et législatures, que ce soit par inadvertnance ou insensibilité. Le besoin d'une telle protection semble plus grand dans un État fédéral où les divers ordres de gouvernement peuvent avoir des idées opposées au sujet des droits et libertés du peuple.

La formule Fulton-Favreau et la formule de la Charte de Victoria

À la lumière de ces considérations, on peut examiner les deux principales procédures de modification élaborées au Canada au cours des vingt-cinq dernières années (toutes deux ont d'ailleurs failli être acceptées à l'unanimité lorsqu'elles ont été proposées): la formule Fulton-Favreau de 1964 et la formule de la Charte de Victoria de 1971.

En rétrospective, la formule Fulton-Favreau (qui a déjà été décrite au chapitre III) aurait doté le Canada de la procédure la plus rigide parmi toutes les fédérations pour la modification des principaux points garantis de sa Constitution, à l'exception de la République fédérale d'Allemagne où, comme on le mentionne au chapitre II, certains genres de modification sont tout à fait inadmissibles de par la Constitution. Aux termes de la formule Fulton-Favreau, il aurait fallu obtenir l'accord de toutes les Assemblées législatives provinciales et du Parlement pour modifier un bon nombre de points. Le rejet de la formule par le premier ministre Lesage, qui lui reprochait surtout sa rigidité excessive, a peut-être finalement été avantageux pour tout le Canada. Néanmoins, un réexamen de certains aspects de cette formule pourrait être utile, maintenant que l'on cherche de nouveau une procédure de modification que les Canadiens pourraient accepter de façon générale.

Pendant la période de la révision constitutionnelle, soit entre 1968 et 1971, on a de nouveau essayé de trouver une procédure qui agencerait mieux rigidité

et souplesse. La formule de modification incluse dans la Charte de Victoria était moins rigide que la formule Fulton-Favreau, bien qu'elle aussi fût moins souple que celles de la plupart des autres grandes fédérations du monde occidental; ces fédérations ont adopté des procédures fondées généralement sur des majorités mathématiques spéciales sans que soit requis l'assentiment de quelque région ou partie constituante que ce soit (par exemple, une majorité des électeurs qui votent dans l'ensemble du pays, ajoutée à une majorité de ceux qui votent dans la majorité des parties constituantes). La situation canadienne nécessitait une procédure qui tienne compte, entre autres, de deux faits fondamentaux:

- Le Canada a toujours été, et il est encore aujourd'hui, un pays où les identités régionales sont extrêmement fortes et les intérêts des diverses régions ne sont pas toujours forcément les mêmes; et
- le Canada est un pays où la persistance de l'anglais et du français, étant les deux principales langues en usage, s'est avérée l'une des caractéristiques les plus durables de son identité nationale, les francophones vivant surtout dans la province de Québec et les anglophones vivant surtout dans les autres provinces.

Compte tenu de ces considérations, on a proposé dans la Charte de Victoria de 1971 (laquelle a été décrite au chapitre III) que les principaux points garantis dans la Constitution ne soient modifiés qu'avec l'assentiment du Parlement, des Assemblées législatives de deux provinces de l'Atlantique, du Québec, de l'Ontario et de deux provinces de l'Ouest du Canada représentant au moins 50 p. 100 de la population de la région de l'Ouest. La formule Fulton-Favreau aurait nécessité l'assentiment des onze corps législatifs pour ces modifications clés; la Charte de Victoria aurait nécessité l'assentiment du Parlement et d'au moins six Assemblées législatives provinciales représentant environ 80 p. 100 de la population du Canada. Tous les participants à la Conférence de Victoria étaient d'avis que cette pro-

Renouvellement de la Constitution et procédure de modification

Chapitre IV

Dans *Le Temps d'agir*, le Gouvernement du Canada a signalé que, pour compléter le renouvellement de la Constitution, il est essentiel qu'un accord intervienne bientôt sur une procédure à suivre pour modifier les parties de la Constitution qui ne peuvent ou ne devraient pas être modifiées par une décision unilatérale du Parlement du Canada ou des Assemblées législatives des provinces. L'adoption au Canada d'une telle procédure de modification supposerait la fin du pouvoir du Parlement du Royaume-Uni de légiférer sur la Constitution canadienne et le rapatriement total de la Constitution au Canada.

Il convient donc d'ouvrir des maintenant un débat public sur la nature de la procédure de modification que les Canadiens aimeraient adopter afin de doter le pays de tous les pouvoirs nécessaires pour adapter la Constitution, dans les années à venir, aux circonstances nouvelles. Ce débat ne surgira pas dans un vide complet: il a déjà été question, par intermittence, d'une procédure de modification spéciale au cours des quelque cinquante dernières années. En outre, l'expérience de certaines autres fédérations comme les États-Unis, la Suisse, l'Australie et la République fédérale d'Allemagne, bien que propre à leur situation, peut néanmoins nous guider.

Il importe de souligner trois choses dès le début. Premièrement, le besoin d'un élément de rigidité ou de stabilité. Une fédération naît du désir de ses parties constituantes de créer une union politique dans laquelle tout le pouvoir législatif n'est pas investi dans une seule législature centrale. D'importants pouvoirs législatifs sont confiés à l'assemblée centrale, tout comme aux législatures des parties constituantes. Les fédérations sont donc caractérisées par une interaction de forces centrifuges et centripètes. Ce sont le manque d'homogénéité et la diversité d'intérêts parmi les parties constituantes qui amènent les rédacteurs de constitutions fédérales à aborder d'une façon spéciale la question du partage des pouvoirs législatifs et les autres questions d'une importance particulière tant pour la

législature centrale que pour les législatures des parties. De telles questions sont normalement «garanties» dans la Constitution, c'est-à-dire placées hors de portée de tout corps législatif qui voudrait agir unilatéralement. La «garantie» de certaines dispositions comporte habituellement des éléments de rigidité dont l'objet est de protéger les diverses composantes d'une fédération contre toute atteinte à leurs intérêts particuliers par l'action unilatérale d'un autre gouvernement.

Deuxièmement, le besoin d'un élément de souplesse. Les circonstances dans lesquelles naissent les constitutions changent avec le temps, et la procédure de modification constitutionnelle doit être assez souple pour permettre des rajustements au besoin. Si la procédure adoptée est trop rigide ou encombrante, on risque de ne pouvoir agir lorsque le besoin s'en fait sentir et de voir la Constitution perdre graduellement de sa vitalité et de sa raison d'être. Une procédure tout à fait rigide peut devenir une camisole de force et réduire la capacité d'un peuple de prospérer et de se développer. Une telle procédure offrirait le maximum de protection aux intérêts des parties constituantes, au moment où les dispositions seraient garanties dans la Constitution, mais elle compliquerait, pour les législatures des parties composantes ainsi que pour la législature centrale, la tâche d'obtenir de la protection pour d'autres intérêts au fur et à mesure que la situation évolue. Le problème le plus difficile sera d'établir un juste équilibre entre la rigidité et la souplesse.

Enfin, toutes les constitutions, qu'elles soient unitaires ou fédérales, doivent, en dernière analyse, se fonder sur la bonne foi et prévoir une base sûre pour les droits et libertés. Une constitution fondée sur de la méfiance ou de l'incompréhension profonde ne peut jamais fonctionner convenablement. Un peuple libre et démocratique s'engage dans un débat constitutionnel avec un esprit ouvert, confiant dans l'avenir et dans le bon sens des citoyens. Un tel peuple reconnaît que la démocratie n'est pas seulement la règle de la majorité et que, pour bien des citoyens, le sens de la sécurité est assuré par des garanties

quoique celle de Victoria protège en plus les pouvoirs du Sénat. Les deux entèrinent également l'usage de l'anglais et du français, mais celle de Victoria contient d'autres dispositions qui sont plus explicites à ce sujet.

D'autre part, la formule de modification de Victoria ne prévoit pas une protection spéciale et explicite des actifs et des biens des provinces alors que la formule Fulton-Favreau le fait. Elle ne contient pas non plus un article ayant trait à la délégation de

l'autorité législative, élément qui ajoute un certain degré de flexibilité à la formule Fulton-Favreau dont la procédure concernant la répartition des pouvoirs est par ailleurs assez rigide.

Enfin, les deux formules sont fondées sur le principe que la modification constitutionnelle doit se faire avec l'assentiment du Parlement et des législatures provinciales et non seulement avec l'assentiment des gouvernements.

avec l'approbation du Parlement et de l'Assemblée législative de chaque province concernée.

- c) La Chambre des communes peut modifier la Constitution sans le consentement du Sénat, en suivant un processus établi, en l'absence d'un vote affirmatif au Sénat.
- d) Le Sénat, la Chambre des communes ou l'Assemblée législative d'une province peut adopter une résolution en vertu des points a) ou b) ci-dessus, et cette résolution peut être révoquée en tout temps avant la publication de la proclamation qu'elle autorise.

- e) Le Parlement du Canada a la compétence exclusive d'édicter des lois modifiant les dispositions de la Constitution qui sont relatives au pouvoir exécutif du Canada, au Sénat et à la Chambre des communes.
- f) Chaque Assemblée législative d'une province a le pouvoir exclusif de modifier sa Constitution.
- g) Nonobstant les points e) et f) ci-dessus, il faut suivre la procédure énoncée dans a) ci-dessus pour modifier les points suivants:

- (i) la charge de la Reine, celle du gouverneur général et celle du lieutenant-gouverneur;
- (ii) les prescriptions de la Constitution du Canada portant sur la nécessité d'une session annuelle du Parlement du Canada et des Assemblées législatives;
- (iii) la période maximum fixée par la Constitution du Canada pour la durée de la Chambre des communes et des Assemblées législatives;
- (iv) les pouvoirs du Sénat;

- (v) le nombre de membres par qui une province a le droit d'être représentée au Sénat, ainsi que les qualifications des sénateurs quant à la résidence;

- (vi) le droit d'une province d'être représentée à la Chambre des communes par des députés dont le nombre ne doit pas être inférieur au nombre de sénateurs de cette province;

- (vii) les principes de représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes que prescrit la Constitution du Canada;
- (viii) sous réserve des dispositions énoncées dans une autre partie de la Charte, les dispositions de cette Charte relatives à l'usage du français ou de l'anglais.

- h) On ne peut avoir recours à la procédure visée dans a) ci-dessus pour apporter une modification à la Constitution, lorsque celle-ci prévoit déjà une autre procédure à cet égard, mais on peut avoir recours à cette procédure pour modifier toute disposition pourvoyant à la modification de la Constitution ou pour faire une refonte ou une révision générale de la Constitution.

On a abandonné dans la formule de Victoria les éléments protégés de la formule Fulton-Favreau qui la rendaient beaucoup plus rigide (c'est-à-dire, l'assentiment unanime de toutes les législatures provinciales) et on les a remplacés par la notion de protection régionale (c'est-à-dire, l'assentiment des législatures de deux des provinces de l'Atlantique, du Québec, de l'Ontario et de deux des provinces de l'Ouest comptant au moins 50 p. 100 de la population des provinces de l'Ouest).

Les deux formules prévoient la protection de la monarchie, de la charge du gouverneur général et de celles des lieutenants-gouverneurs. La formule Fulton-Favreau protège certaines dispositions relatives au Parlement du Canada et à la Chambre des communes, auxquelles celle de Victoria ajoute d'autres dispositions relatives aux Assemblées législatives provinciales. En outre, les deux formules protègent certaines dispositions touchant le Sénat,

(vii) les principes de représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes que prescrit la Constitution du Canada; et

(viii) l'usage de l'anglais ou du français.

En ce qui a trait à ces questions, les modifications sont apportées conformément à l'une des formules précédentes, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, celle énoncée dans e) ci-dessus.

g) Les législatures provinciales peuvent modifier leur Constitution, sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant-gouverneur.

h) Les dispositions non assujetties à celles énoncées dans f) ou g) ci-dessus, sont assujetties aux prescriptions énoncées dans a) et jusqu'à e) ci-dessus.

i) La Parlement et les législatures provinciales retiennent tous leurs pouvoirs législatifs de modification que leur confèrent les dispositions de la Constitution.

j) L'expression «Constitution du Canada» est définie.

Partie II

k) Les articles 91(1) et 92(1) sont annulés.

l) Un article a été ajouté afin de permettre à quatre provinces ou plus d'autoriser le Parlement à édicter des lois déterminées qui seraient autrement du ressort législatif des provinces et, de même, de permettre au Parlement d'autoriser quatre provinces ou plus à édicter des lois déterminées qui seraient autrement du ressort législatif fédéral.

La formule de modification de Victoria

Contrairement à la formule Fulton-Favreau, le traitement caractéristique de celle de Victoria est sa relative simplicité. Elle diffère grandement de toutes les pro-

positions antérieures du fait qu'elle prévoit la possibilité d'apporter n'importe laquelle modification à la Constitution du Canada sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement unanime de législatures provinciales. En effet, elle stipule que des domaines clés de la Constitution, y compris ceux touchant la répartition des pouvoirs et les matières exclues du pouvoir exclusif du Parlement, peuvent être modifiés avec l'assentiment du Parlement et celui des Assemblées législatives de deux des provinces de l'Atlantique, de celle du Québec, de celle de l'Ontario et de deux des provinces de l'Ouest. Les modifications touchant une ou plusieurs provinces, mais non l'ensemble, peuvent être apportées avec l'assentiment du Parlement et des Assemblées législatives concernées. En plus, c'est par voie d'une proclamation du gouverneur général et non par voie d'une loi du Parlement que la Constitution peut être modifiée. Enfin, elle prévoit que le Parlement et les Assemblées législatives peuvent exercer certains pouvoirs exclusifs de modification.

Afin de mieux la comparer à la formule Fulton-Favreau, les détails de la méthode de modification de Victoria sont exposés ci-dessous:

a) La Constitution peut être modifiée au moyen d'une résolution conjointe autorisée par le Parlement et les Assemblées législatives d'une majorité des provinces, c'est-à-dire:

(i) chaque province dont la population compte ou comptait 25 p. 100 de celle du Canada;

(ii) au moins deux des provinces de l'Atlantique; et

(iii) au moins deux des provinces de l'Ouest comptant au moins 50 p. 100 de la population de toutes les provinces de l'Ouest.

b) Toute disposition qui s'applique à une ou à plusieurs provinces, mais non à toutes, peut être modifiée, en suivant la même procédure,

Canada est conféré au Parlement du Canada, sous réserve des autres dispositions de la Partie I.

b) Nulle modification à ce projet de loi, à l'article 51A de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 (le nombre de députés d'une province à la Chambre des communes ne doit pas être inférieur au nombre de sénateurs représentant cette province), ou à toute autre disposition de la Constitution du Canada relative

(i) au pouvoir de faire des lois que possède la législature d'une province;

(ii) aux droits ou privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit à la législature ou au gouvernement d'une province;

(iii) aux actifs ou aux biens d'une province; ou

(iv) à l'usage de l'anglais ou du français

n'entrera en vigueur sans le concours des législatures de toutes les provinces.

c) Les dispositions énoncées en b) ci-dessus ne s'appliquent pas aux dispositions de la Constitution du Canada relatives à une ou à plusieurs provinces seulement. Dans ce cas, seule l'approbation des législatures des provinces concernées est nécessaire.

d) Les dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'éducation dans une province autre que Terre-Neuve ne peuvent être modifiées qu'avec le concours de toutes les législatures provinciales autres que celles de Terre-Neuve, et les dispositions semblables touchant Terre-Neuve nécessitent l'approbation de la législature de cette province.

e) Les matières ne faisant pas l'objet d'autres dispositions—y compris la plupart des exceptions relatives au pouvoir de modification

conféré exclusivement au Parlement—doivent être approuvées par les deux tiers des législatures provinciales.

f) Le Parlement du Canada a le droit exclusif d'édicter des lois modifiant la Constitution du Canada pour ce qui est du gouvernement exécutif du Canada, du Sénat et de la Chambre des communes, sauf,

(i) les fonctions de la Reine et du gouverneur général vis-à-vis du Parlement ou du Gouvernement du Canada;

(ii) les prescriptions de la Constitution du Canada quant à une session annuelle du Parlement;

(iii) la période maximale fixée par la Constitution du Canada pour la durée de la Chambre des communes, sous réserve du droit pour le Parlement du Canada, en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, de prolonger la durée d'une Chambre des communes au-delà de cette période maximale si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition par les votes de plus du tiers des membres de ladite Chambre;

(iv) le nombre des sénateurs auxquels une province a droit comme représentants au Sénat;

(v) les qualités requises des sénateurs quant à la résidence ainsi que les prescriptions de la Constitution du Canada concernant leur nomination par le gouverneur en conseil au nom de la Reine;

(vi) le droit d'une province à un nombre de députés à la Chambre des communes, non inférieur au nombre de sénateurs la représentant;

ment du Canada doit, au moyen d'une adresse conjointe des deux Chambres à la Couronne, autoriser toute demande de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. En 1895, le Gouvernement du Canada a obtenu, sans présenter d'adresse conjointe, une modification visant à faire confirmer une loi du Parlement canadien qui prévoyait la nomination d'un président suppléant au Sénat. Depuis, la pratique a consisté à demander des modifications au moyen d'une adresse conjointe.

d) *En quatrième lieu*, bien que non tenu de le faire en vertu de la Constitution, le Gouvernement du Canada, avant de demander au Parlement d'adopter une adresse conjointe, a consulté toutes les provinces et obtenu leur approbation relativement aux trois modifications (1940, 1951 et 1964) qui touchaient le partage des pouvoirs.

Il n'a pas été facile, toutefois, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale au processus de modification. En cinq occasions—en 1907, 1940, 1951, 1960 et 1964—le gouvernement fédéral a consulté toutes les provinces sur des questions qui les intéressaient. Dans un seul cas, en 1930, est-il arrivé qu'une modification ait été demandée après consultation des seules provinces directement concernées. Enfin, en dix occasions—en 1871, 1875, 1886, 1895, 1915, 1916, 1943, 1946 et à deux reprises en 1949—des modifications ont été apportées à la Constitution sans consultation préalable des provinces, à l'égard de questions que le gouvernement fédéral jugeait de la compétence fédérale exclusive. Dans les quatre derniers cas, une ou deux provinces ont protesté, soutenant que des consultations fédérales-provinciales auraient dû avoir lieu avant que le Parlement ne se prononce.

On a tenté, dans la formule Fulton-Favreau et dans celle de Victoria, de définir les exigences relatives à la consultation des provinces et à l'obtention de leur assentiment.

La formule Fulton-Favreau

La formule Fulton-Favreau a été rédigée sous forme de projet de loi en 1964, et à l'instar des propositions formulées précédemment à l'occasion de conférences fédérales-provinciales, elle est extrêmement complexe. Elle prévoit que toutes les modifications à la Constitution doivent faire l'objet d'une loi du Parlement canadien et qu'en outre, une vaste gamme de sujets ne peuvent être modifiés sans le concours des législatures provinciales. La formule stipule en outre que certaines catégories de sujets, y compris tous ceux qui concernent le partage des pouvoirs, nécessitent l'assentiment unanime des provinces. Pour ce qui est de la modification des autres sujets, le degré de flexibilité prévu dépend de la nature de chacun. Elle restreint le droit qu'a le Parlement canadien de modifier la Constitution, en vertu de l'article 91(1), en ajoutant les éléments suivants aux catégories exclues: les fonctions de la Reine et du gouverneur général; la représentation des provinces au Sénat, les exigences applicables aux sénateurs en matière de résidence ainsi que celles touchant leur nomination; le droit d'une province à être représentée en Chambre par un nombre de députés qui ne soit pas inférieur au nombre de sénateurs; le principe de représentation proportionnelle à la Chambre des communes et l'usage de l'anglais ou du français. Par ailleurs, la formule Fulton-Favreau introduit un concept nouveau en matière de flexibilité, à savoir la délégation de l'autorité législative.

Avant d'examiner la formule de Victoria, il serait utile de considérer les détails de la formule Fulton-Favreau de 1964.

Projet de loi prévoyant la modification au Canada de la Constitution du Canada (1964)

Partie I

a) Le pouvoir de modifier, d'annuler ou de rétablir toute disposition de la Constitution du

éléments soient ajoutés à la proposition de rapatriement accompagnée d'une formule de modification, notamment ces parties de la Charte de Victoria concernant la Cour suprême et les disparités régionales. Le 31 mars 1976, le Premier ministre écrit aux premiers ministres provinciaux pour leur soumettre une proposition visant à tenir compte de ces divers éléments et à servir de base au rapatriement.

Le 14 octobre 1976, M. Loughheed, premier ministre de l'Alberta, répond à M. Trudeau au nom de ses collègues. Il lui indique que huit des premiers ministres acceptent la formule de modification, plus flexible, de Victoria alors que lui-même souhaite qu'on revienne au principe plus rigide de la formule Fulton-Favreau. D'autre part, le premier ministre Bennett de la Colombie-Britannique souhaitait obtenir l'assurance qu'aucune modification ne pourrait être apportée à un domaine clé entériné dans la Constitution sans le consentement préalable de la législature de sa province. En outre, M. Loughheed précise que ses collègues ne sont pas tous disposés à procéder au rapatriement de la Constitution et à accepter une formule de modification sans que certains aspects de celle-ci ne soient modifiés, y compris quelques éléments touchant le partage des pouvoirs.

Le Premier ministre, dans une lettre datée du 19 janvier 1977, demande à ses collègues de reconsidérer leur position, mais par la suite, ils n'adoptent aucune autre position conjoïnte à l'égard du rapatriement et de la formule pour modifier les domaines clés entérinés dans la Constitution.

Le Gouvernement du Canada publie, le 12 juin 1978, un Livre blanc intitulé *Le temps d'agir*, dans lequel il propose que le processus de renouvellement constitutionnel de la fédération canadienne se fasse en deux phases. Pendant la première, le gouvernement, après avoir consulté les provinces, demandera au Parlement de modifier certains aspects de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui relèvent de la compétence du Parlement, en vertu de l'article 91(1).

Constatations fondées sur la pratique antérieure

Au cours de la deuxième phase, le gouvernement, avec la collaboration des provinces, tentera d'obtenir un consensus sur les changements à apporter aux aspects de la Constitution qui ne peuvent être modifiés au pays, particulièrement en ce qui a trait au partage des pouvoirs. Il reste toutefois à déterminer s'il serait plus opportun d'obtenir le consensus sur la formule permettant de modifier l'ensemble de la Constitution au cours de la seconde phase ou lorsque celle-ci sera terminée.

Avant d'examiner les diverses formules qui pourraient être adoptées pour la modification des domaines clés entérinés dans la Constitution, il sera utile d'avoir une idée générale des divers précédents établis à cet égard et de bien connaître la formule Fulton-Favreau et celle de Victoria.

Le Parlement du Royaume-Uni a modifié l'Acte de l'Amérique du Nord britannique nombre de fois entre 1867 et 1964. L'examen de la façon dont on a procédé pour obtenir ces modifications permet de dégager quatre constatations générales.

a) *En premier lieu*, bien que le Parlement du Royaume-Uni doive promulguer une loi pour modifier les parties de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui ne peuvent pas encore l'être au Canada, il ne le fait que sur la demande officielle du Canada. En outre, chaque modification qu'a sollicitée le Canada a été adoptée.

b) *En deuxième lieu*, le gouvernement et le Parlement du Royaume-Uni n'agissent pas à la seule demande d'une ou de plusieurs provinces et ce, parce qu'ils estiment ne pas avoir à intervenir dans les affaires du Canada, sauf sur l'avis du gouvernement fédéral agissant au nom de tout le Canada.

c) *En troisième lieu* (cette constatation est étroitement liée aux deux premières), le Parlement

(7) *La septième tentative* est proposée par le premier ministre Pearson en 1964. M. Manning, le premier ministre de l'Alberta, informe M. Pearson au nom de ses collègues, qu'ils croient pouvoir réaliser une entente générale fondée sur la proposition de 1961. La version modifiée de la proposition de 1961 est approuvée en principe à la Conférence fédérale-provinciale d'octobre 1964, version qu'on est venu à appeler communément la formule Fulton-Favreau, en l'honneur des deux ministres de la Justice fédéraux associés à son élaboration. Le premier ministre Lesage du Québec retire par la suite son soutien et l'étude de la question est remise indéfiniment. C'est la première fois que les gouvernements viennent aussi près de conclure une entente globale sur la procédure de modification et de rapatriement de la Constitution. Cette formule mérite donc qu'on y accorde une attention particulière et elle sera résumée plus loin dans ce chapitre.

(8) *La huitième tentative* est amorcée à la Conférence fédérale-provinciale de février 1968, qui se transforme en Conférence constitutionnelle permanente. Appuyée par divers comités de ministres et de fonctionnaires, ainsi que par des sous-comités, elle œuvre à partir de 1968 jusqu'à ce que la Charte constitutionnelle canadienne soit présentée à Victoria à la mi-juin 1971. La Charte, dite de Victoria, prévoit une méthode de rapatriement et une formule de modification que tous les gouvernements représentés à la Conférence sont disposés à accepter; elle propose également un certain nombre de changements d'importance ainsi qu'une modernisation de la Constitution.

La formule de modification approuvée à Victoria diffère de la formule Fulton-Favreau (et, en effet, de toutes les principales propositions envisagées auparavant aux réunions fédérales-provinciales) en ce que le consentement unanime des onze corps législatifs du Canada n'est pas nécessaire pour modifier quelque partie de la Constitution que ce soit. La formule proposée dans la Charte de Victoria sera également résumée dans ce chapitre. Il est convenu à Victoria que la Charte sera soumise à

l'approbation des onze gouvernements et que, si au plus tard le 28 juin 1971, les gouvernements ont informé le secrétaire de la Conférence constitutionnelle qu'ils l'acceptent, ils la recommanderont ensuite à leurs corps législatifs respectifs.

Le 28 juin, tous les gouvernements, sauf ceux du Québec et de la Saskatchewan, ont avisé le secrétaire qu'ils acceptaient la Charte. Le 23 juin, le Gouvernement du Québec fait savoir au secrétaire qu'il ne peut recommander la Charte à l'Assemblée nationale du Québec parce que les clauses ayant trait à la sécurité du revenu comportent un degré d'incertitude qui ne cadre pas avec les objectifs de la révision constitutionnelle; il précise toutefois qu'il pourrait revenir sur son refus si cet élément d'incertitude est éliminé. D'autre part, une élection générale a lieu en Saskatchewan le 23 juin et le gouvernement est défait. Le nouveau Premier ministre étant donné la position du Gouvernement du Québec, ne donne pas suite à la question.

(9) *La neuvième tentative* de réaliser une entente sur la formule de modification et de rapatriement de la Constitution est lancée à l'occasion d'un dîner réunissant les premiers ministres fédéral et provinciaux à Ottawa, le 9 avril 1975. Le premier ministre Trudeau leur propose de procéder rapidement au rapatriement de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en 1971 pour la modification des parties de la Constitution qui ne peuvent être modifiées au Canada. Il leur suggère à cet égard de ne pas soulever, à ce moment-là, d'autres questions substantielles en matière de révision constitutionnelle et d'attendre plutôt, pour ce faire, que la procédure de modification de la Constitution soit établie et la Constitution rapatriée.

Le premier ministre du Québec, M. Bourassa, indique au départ qu'il ne donnera son assentiment que si des garanties constitutionnelles concernant la langue et la culture françaises figurent dans la proposition. Durant les discussions qui suivent, d'autres premiers ministres proposent que certains

projet de Statut de Westminster, lequel devait permettre aux Dominions de s'affranchir de l'autorité législative britannique.

(3) *La troisième tentative* est faite en janvier 1935, lorsque la Chambre des communes met sur pied un Comité spécial chargé d'étudier le besoin de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ainsi que les moyens à prendre à cet égard. Le Comité tient dix réunions mais ne propose pas de procédure de modification dans son rapport.

(4) *La quatrième tentative* est amorcée à la Conférence fédérale-provinciale de 1935, qui établit une sous-conférence sur les questions constitutionnelles sous la présidence de l'honorable Ernest Lapointe, ministre de la Justice. Par suite d'une recommandation formulée par la sous-conférence, un Comité permanent des questions constitutionnelles est formé puis est convoqué le 28 janvier 1936. Le Comité élabore une formule de modification comportant des éléments de flexibilité et de protection, mais elle n'est pas adoptée.

Entre la quatrième tentative et la cinquième, le très honorable Louis St-Laurent prend l'initiative importante de déterminer quelle est l'étendue du pouvoir du Parlement à modifier unilatéralement la Constitution. L'article 92(1) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique confère aux législatures provinciales le pouvoir exclusif de modifier la Constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur. L'Acte de l'Amérique du Nord britannique est modifié en 1949 afin d'accorder au Parlement le pouvoir de modifier la Constitution du Canada, certaines exceptions étant prévues dans le nouvel article 91(1). Cette modification se fait au moyen d'une adresse adoptée par les deux Chambres du Parlement canadien. Le nouvel article énumère les domaines qui sont exclus du pouvoir général du Parlement canadien en matière de modification constitutionnelle, c'est-à-dire :

a) le partage de l'autorité législative;

b) les droits et privilèges accordés par la Constitution aux législatures et aux gouvernements des provinces;

c) les droits et privilèges accordés à quelques catégories de personnes en matière d'écoles;

d) l'emploi de l'anglais ou du français;

e) les prescriptions stipulant que le Parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque Chambre des communes sera limitée à cinq années, à compter du jour du rapport des brevets d'élection (à moins que, en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, pas plus du tiers des membres de ladite Chambre ne s'opposent à la prolongation de la session).

S'il s'avérait nécessaire d'apporter des modifications à ces domaines exclus, il demeurerait nécessaire de demander au Parlement britannique d'adopter une loi à cet effet. Ces domaines figurent parmi les parties les plus importantes de la Constitution.

(5) *La cinquième tentative* est faite en 1950, à l'occasion d'une conférence constitutionnelle convoquée à Ottawa en janvier et qui poursuit ses travaux à Québec en septembre. Elle est suspendue par la suite à cause de la crise de Corée et ses travaux ne sont pas repris.

(6) *Une sixième tentative* est faite en juillet 1960 pendant une conférence fédérale-provinciale tenue à Ottawa. Dans les quatorze mois qui suivent, les procureurs généraux tiennent quatre conférences. Au début, l'honorable E.D. Fulton, ministre de la Justice, propose que soit transféré au Parlement du Canada le pouvoir de modifier la Constitution sur tous les points où elle ne peut l'être, mais l'exercice de ce pouvoir exigera l'assentiment de la législature de toutes les provinces. On estime toutefois qu'il est possible d'élaborer une formule moins rigide. On en met une au point en novembre 1961, mais en raison de certaines divergences de vues, le projet demeure lettre morte.

Assemblée législatives provinciales. Cependant, bon nombre de dispositions précises de l'Acte com- portaient des réserves comme: «Jusqu'à ce que le Parlement du Canada en ordonne autrement», «Jus- qu'à modification par le Parlement du Canada», «Jusqu'à ce que la législature d'Ontario ou du Québec en ordonne autrement» ou «Jusqu'à modifi- cation par le lieutenant-gouverneur en conseil».

En outre, l'article 92(1) de l'Acte prévoyait que la législature d'une province pouvait modifier la Consti- tution de la province, sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant-gouverneur.

Statut de «Dominion»

Après 1867, les autorités canadiennes demandè- rent de temps à autre au gouvernement du Royaume-Uni de faire passer des lois par le Parle- ment britannique modifiant certaines parties de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui ne pouvaient être modifiées au Canada. Cependant, le concept d'un «Dominion» comme ayant plus d'auto- nomie et d'indépendance qu'une colonie se dévelop- pait graduellement. Mais, ce n'est qu'en 1926, avec la publication du Rapport Balfour, que fut énoncé pour la première fois le principe de l'égalité de statut du Royaume-Uni, du Canada et des autres «Domi- nions», lesquels devaient constituer le noyau du Commonwealth alors en voie de création. Ce prin- cipe fut incorporé dans le Statut de Westminster de 1931 qui confirmait l'égalité et l'indépendance de ces pays.

Ainsi, en vertu de ce statut, la législation britan- nique ne devait plus s'appliquer à un Dominion à moins que celui-ci ne le demande expressément. Toutefois, dans l'article 7 du Statut, qui dégageait les «Dominions» de l'autorité législative britannique, il était fait exception de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et de ses modifications ultérieures. Cette exception fut faite parce que les gouverne- ments du Canada et des provinces ne pouvaient s'entendre sur une formule de modification de cer-

La recherche d'une procédure de modification

taines matières clés de la Constitution. En consé- quence, le pouvoir officiel du Royaume-Uni relatif à la modification de la Constitution canadienne était maintenu. Bien que le Canada soit actuellement reconnu partout au monde comme un État fédéral indépendant, cette situation anormale persiste en raison de l'incapacité des gouvernements du pays à s'entendre sur la méthode de modification.

Avec la publication du Rapport Balfour en 1926, l'occasion était donnée au Canada de se dégager complètement de l'autorité législative du Parlement britannique. Mais le principal problème, tel que mentionné ci-haut, était de trouver une formule de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britan- nique, de sorte que le pouvoir final à cet égard puisse être transféré au Canada, ou, pour utiliser l'expression courante, de sorte que l'Acte puisse être «rapatrié».

(1) *La première tentative* en vue de régler le problème est faite en 1927 à l'occasion d'une confé- rence fédérale-provinciale. Les participants exami- nent une proposition du ministre de la Justice, l'hon- orable Ernest Lapointe, concernant le rapatriement avec une formule de modification spéciale. L'assen- timent général ne peut être obtenu.

(2) *La deuxième tentative* de résoudre la question est faite à la Conférence fédérale-provinciale d'avril 1931, convoquée à la demande de l'Ontario. Inca- pable d'obtenir l'acceptation d'une formule de modification spéciale et connaissant le désir des provinces de garder leurs champs de compétence, le premier ministre Bennett présente une résolution à la Chambre des communes le 30 juin 1931, laquelle est par la suite approuvée par le Sénat et transmise à Londres. Elle a pour objet de demander que les Actes de l'Amérique du Nord britannique, de 1867 à 1930, soient exclus des dispositions du

La Constitution canadienne et sa modification

On parle souvent de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 comme s'il s'agissait de la Constitution du Canada. Ce n'est toutefois pas exactement le cas. La Constitution du Canada comprend non seulement l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et ses modifications officielles, mais également certains autres statuts du Royaume-Uni comme le Statut de Westminster, certains arrêtés en conseil impériaux, certaines lois fédérales et provinciales d'ordre constitutionnel ainsi que des lettres patentes, sans mentionner une vaste gamme de coutumes et de conventions constitutionnelles qui définissent, entre autres choses, le rapport entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif du gouvernement. Par surcroît, ces sources sont complétées par l'interprétation judiciaire. Il faut chercher plus loin que dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique pour déterminer quels sont les droits et devoirs du citoyen canadien, tant sur le plan fédéral que provincial, ainsi que l'ensemble des obligations et pouvoirs des divers gouvernements au pays.

D'autre part, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique établit, entre autres choses, le partage constitutionnel des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Il constitue le fondement même du fédéralisme canadien, ce qui explique pourquoi les gouvernements fédéral et provinciaux, souhaitant maintenir la stabilité et voulant protéger leurs intérêts particuliers, s'inquiètent grandement de la façon dont peut être modifiée la répartition des pouvoirs. Pourtant, il n'est pas prévu dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de processus officiel de modification de ses éléments les plus cruciaux. Cette lacune ne peut être comprise qu'en tenant compte du contexte historique dans lequel l'Acte a été conçu.

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique que le Parlement britannique a adopté en 1867 était la quatrième Constitution qu'il donnait à la colonie appelée «Canada» en l'espace de 93 ans. Il suivait l'Acte de 1774, l'Acte constitutionnel de 1791 et l'Acte d'Union de 1840. La Proclamation royale de 1763, qui était la Constitution fondamentale-

Les trois colonies qui, en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique furent regroupées en 1867 et réparties en quatre «provinces» possédaient déjà l'autonomie interne depuis presque 20 ans, mais il n'était pas question alors de l'indépendance du nouveau Canada vis-à-vis du Royaume-Uni. Il était donc normal, dans les circonstances, que la Constitution soit, comme les Actes qui l'ont précédemment précédée, un statut du Parlement britannique. Dans l'éventualité que la Constitution ne fonctionne pas bien (comme ce fut le cas pour les actes antérieurs), le Parlement britannique pouvait la modifier ou la remplacer. Comme il n'existait pas à cette époque de précédent pour la modification d'une loi britannique par une colonie, il n'est pas étonnant qu'on ait omis de prévoir dans l'Acte un processus qui permettrait d'y apporter des modifications majeures.

Il demeurait quand même possible de modifier certains éléments de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique au Canada. L'Acte ne comportait pas, il est vrai, de formule générale de modification pour les questions d'importance fondamentale comme le partage des pouvoirs entre le Parlement et les colonies qui, en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique furent regroupées en 1867 et réparties en quatre «provinces» possédaient déjà l'autonomie interne depuis presque 20 ans, mais il n'était pas question alors de l'indépendance du nouveau Canada vis-à-vis du Royaume-Uni. Il était donc normal, dans les circonstances, que la Constitution soit, comme les Actes qui l'ont précédemment précédée, un statut du Parlement britannique. Dans l'éventualité que la Constitution ne fonctionne pas bien (comme ce fut le cas pour les actes antérieurs), le Parlement britannique pouvait la modifier ou la remplacer. Comme il n'existait pas à cette époque de précédent pour la modification d'une loi britannique par une colonie, il n'est pas étonnant qu'on ait omis de prévoir dans l'Acte un processus qui permettrait d'y apporter des modifications majeures.

Il demeurait quand même possible de modifier certains éléments de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique au Canada. L'Acte ne comportait pas, il est vrai, de formule générale de modification pour les questions d'importance fondamentale comme le partage des pouvoirs entre le Parlement et les colonies qui, en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique furent regroupées en 1867 et réparties en quatre «provinces» possédaient déjà l'autonomie interne depuis presque 20 ans, mais il n'était pas question alors de l'indépendance du nouveau Canada vis-à-vis du Royaume-Uni. Il était donc normal, dans les circonstances, que la Constitution soit, comme les Actes qui l'ont précédemment précédée, un statut du Parlement britannique. Dans l'éventualité que la Constitution ne fonctionne pas bien (comme ce fut le cas pour les actes antérieurs), le Parlement britannique pouvait la modifier ou la remplacer. Comme il n'existait pas à cette époque de précédent pour la modification d'une loi britannique par une colonie, il n'est pas étonnant qu'on ait omis de prévoir dans l'Acte un processus qui permettrait d'y apporter des modifications majeures.

l'attribution fédérale est souvent administrée par les États. La Loi fondamentale prévoit aussi la délégation aux Länder du pouvoir législatif exclusif du Parlement fédéral, et elle énonce les principes qui doivent guider la législature fédérale et les Länder dans l'exercice des pouvoirs législatifs communs. L'article 71 stipule que dans le domaine de la législation exclusive de la Fédération, les Länder n'ont la faculté de légiférer que si—et dans la mesure où—une loi fédérale les y aura expressément habilités. L'article 72 stipule que dans le domaine de la législation concurrente, les Länder auront la faculté de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'aura pas fait elle-même usage de son droit. Il prévoit, en outre, que la Fédération a le droit de légiférer dans les domaines concurrents dans la mesure où une question ne peut pas être réglée de façon efficace par les Länder agissant séparément, ou parce que le règlement d'une question par une loi de Land pourrait léser les intérêts d'autres Länder ou de la collectivité toute entière, ou encore parce que le maintien de l'unité juridique ou économique l'exige.

La procédure de modification est régie par l'article 79 de la Loi fondamentale et est rédigée en ces termes:

« 1. La Loi fondamentale ne peut être révisée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte.

Pour les traités internationaux qui ont pour objet un règlement de paix, la préparation d'un règlement de paix ou l'abolition d'un régime d'occupation, ou encore qui sont destinés à servir à la défense de la République fédérale, il suffit, pour établir que les dispositions de la Loi fondamentale ne s'opposent pas à la conclusion et à la mise en vigueur des traités, d'apporter au texte de la Loi fondamentale une disposition complémentaire se rapportant à l'objet poursuivi.

2. L'adoption d'une telle Loi exige le vote des deux tiers des membres de la Bundestag et des deux tiers des voix du Bundesrat.

3. Toute révision de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Laender, au principe de la participation des Laender à la législation ou aux principes des articles 1 et 20, est interdite. »

et, dans un délai de deux mois au moins et de six mois au plus à compter de ce vote, doit être soumis dans chaque Etat aux électeurs ayant qualité pour élire la Chambre des représentants.

Toutefois, si l'une des Chambres adopte le projet de loi à la majorité absolue, et si l'autre le rejette ou néglige de le voter ou l'adopte avec des amendements que la Chambre mentionnée en premier lieu n'accepte pas, et si celle-ci, après un intervalle de trois mois, dans la même session ou dans la session suivante, adopte de nouveau le projet à la majorité absolue avec ou sans les amendements présentés ou consentis par l'autre Chambre, et si cette dernière rejette ou néglige de voter le projet ou l'adopte avec des amendements que la Chambre mentionnée en premier lieu n'accepte pas, tel qu'il est présenté en dernier lieu par la première Chambre, avec ou sans les amendements adoptés par les deux Chambres, aux électeurs ayant qualité dans chaque Etat pour élire la Chambre des représentants.

Lorsqu'un projet de loi est soumis aux électeurs, le vote aura lieu de la manière prescrite par le Parlement; toutefois, jusqu'à ce que les conditions de l'électorat pour les membres de la Chambre des représentants soient rendues uniformes dans toute la Confédération, la moitié seulement des électeurs votant pour et contre le projet de loi sera comptée dans les Etats où est appliqué le suffrage des adultes.

Si ce projet réunit la majorité des voix dans la majorité des Etats, et s'il réunit en même temps la majorité de l'ensemble des votants, il peut être présenté par le gouverneur général à la sanction de la Reine.

Aucune modification tendant à diminuer la représentation proportionnelle d'un Etat dans chacune des deux Chambres du Parlement, ou le nombre minimum des députés d'un Etat à la Chambre des représentants, ou apportant une modification quelconque aux limites d'un Etat à la Chambre des représentants, ou apportant une

modification quelconque aux limites d'un Etat, ou modifiant d'une manière quelconque les dispositions de la Constitution y relatives, ne pourra devenir une loi à moins que la majorité des électeurs votant dans cet Etat n'approuve le projet de loi en question.»

République fédérale d'Allemagne

La Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, qui constitue effectivement la Constitution du pays, est entrée en vigueur le 29 mai 1949.

Le Parlement fédéral se compose du Bundestag, ou Chambre basse, élue par le peuple, et du Bundesrat, ou Chambre haute. Le Bundesrat est composé de membres nommés par les gouvernements des Laender (Etats). Chaque Land (Etat) a trois votes au moins: les Laender de plus de deux millions d'habitants ont quatre votes; et ceux de plus de six millions d'habitants en ont cinq. Les membres de chaque délégation de Land doivent voter en bloc.

Les modifications de la Loi fondamentale exigent la majorité des deux tiers, tant au Bundestag qu'au Bundesrat. Les Laender participent au processus de modification seulement par l'entremise de leurs représentants au Bundesrat, qui agissent sur les directives des gouvernements des Laender. Les modifications qui touchent à la division de la fédération en Laender, aux principes de la participation des Laender à la législation par l'intermédiaire du Bundesrat, ou aux articles 1 et 20 qui visent respectivement les droits individuels fondamentaux des citoyens et l'origine et les limites de l'autorité de l'Etat, sont irrecevables. Pour le reste, les modifications s'effectuent de la même manière que les mesures législatives ordinaires.

Au mois d'août 1976, la Loi fondamentale avait été modifiée trente-quatre fois. Un grand nombre de projets de modification ont été rejetés.

En Allemagne, la plupart des lois relèvent de la compétence du Parlement fédéral, quoique la légis-

Le résultat de la votation populaire dans chaque canton est considéré comme le vote de l'Etat.»

Jusqu'à ces derniers temps, le nombre des signa-

populaire» au sujet de la Constitution était de 50 000. En 1971, par suite d'un référendum constitutionnel, les femmes ont reçu le droit de voter sur les questions d'ordre fédéral. C'est pourquo, en partie, on a porté, en 1977, à 100 000 le nombre de signatures devant endosser une proposition de révision constitutionnelle présentée par voie de l'initiative populaire. Il faut souligner que le droit du peuple de proposer des modifications a eu un effet très important sur le fonctionnement du régime politique suisse. Ce droit existe aussi au niveau cantonal, pour la modification des constitutions cantonales.

Australie

La Loi constitutionnelle du Commonwealth d'Australie a été adoptée sous forme de statut du Parlement britannique en 1900. Contrairement à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, la Loi de 1900 prévoyait un processus pour sa modification, y compris la modification des articles ayant trait au partage des pouvoirs, et ce, sans que le Parlement britannique ait à intervenir.

Toute modification de la Constitution doit d'abord revêtir la forme d'un projet de loi adopté à la majorité absolue de chacune des Chambres du Parlement du Commonwealth (fédéral) ou, exceptionnellement, d'une seule Chambre du Parlement. Il n'existe aucune autre façon de proposer des changements constitutionnels. Le projet de loi fait ensuite l'objet d'un référendum et doit, avant d'être présenté à la sanction royale, être approuvé par la majorité des électeurs de la majorité des Etats, ainsi que par la majorité absolue des électeurs de l'ensemble du pays.

La représentation égale des Etats au Sénat et leur représentation proportionnelle à la Chambre des

représentants, telles qu'établies par la Constitution, sont garanties en vertu du dernier paragraphe de l'article 128. Cet article confère à chaque Etat un droit de veto en ce qui concerne tout changement dans sa représentation aux Chambres du Parlement du Commonwealth, dans la mesure où ces changements auraient pour effet de modifier sa position par rapport à celle des autres Etats.

Bien que la formule de modification adoptée par l'Australie ait été inspirée des méthodes utilisées aux Etats-Unis et en Suisse, ainsi que des conclusions qui se dégagent de leur expérience, la Constitution australienne s'est avérée beaucoup plus difficile à modifier dans la pratique que celles de ces deux pays. Depuis 1900, seize référendums constitutionnels ont été tenus, dont certains portaient sur plusieurs sujets à la fois. Des trente-six propositions soumises au peuple, seulement huit ont reçu les majorités nécessaires.

La Constitution de l'Australie autorise également la délégation du pouvoir législatif. L'article 51 (XXXVII) accorde au Parlement du Commonwealth le pouvoir de faire des lois sur les « questions soumises au Parlement du Commonwealth par le Parlement ou les Parlements d'un ou de plusieurs Etats, mais de telle sorte que la loi s'applique seulement aux Etats dont les Parlements ont soumis la question ou qui, par la suite, ont accepté la loi ». Cette disposition a rarement été utilisée dans la pratique, quoiqu'on ait manifesté un nouvel intérêt à son égard depuis quelque temps, en raison du fait qu'elle constitue un moyen plus flexible d'adapter le par-tage des pouvoirs que ce ne serait le cas en modifiant la Constitution.

La procédure de modification est régie par l'article 128 de la Constitution, lequel est libellé comme suit: « La Constitution ne peut être modifiée que de la manière suivante:

Tout projet de loi ayant pour objet une modification de la Constitution doit être voté par la majorité absolue de chacune des deux Chambres,

voir législatif. En fait, dans de nombreux cas, les autorités cantonales sont chargées d'administrer la législation fédérale.

Le processus de modification est régi par les articles 118 à 123 de la Constitution:

« 118. La Constitution fédérale peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement.

119. La révision totale a lieu dans les formes statuéées pour la législation fédérale.

120. Lorsqu'une section de l'Assemblée fédérale décrète la révision totale de la Constitution fédérale, et que l'autre section n'y consent pas, ou bien lorsque 100 000 citoyens suisses ayant droit de voter demandent la révision totale, la question de savoir si la Constitution fédérale doit être révisée est, dans l'un comme dans l'autre cas, soumise à la votation du peuple suisse, par oui ou par non.

Si, dans l'un ou dans l'autre cas, la majorité des citoyens suisses prenant part à la votation se prononce pour l'affirmative, les deux conseils seront renouvelés pour travailler à la révision.

121. La révision partielle peut avoir lieu soit par la voie de l'initiative populaire, soit dans les formes statuéées pour la législation fédérale.

L'initiative populaire consiste en une demande présentée par 100 000 citoyens suisses ayant le droit de vote et réclamant l'adoption d'un nouvel article constitutionnel ou l'abrogation ou la modification d'articles déterminés de la Constitution en vigueur.

Si, par la voie de l'initiative populaire, plusieurs dispositions différentes sont présentées pour être révisées ou pour être introduites dans la Constitution fédérale, chacune d'elles doit former l'objet d'une demande d'initiative distincte.

La demande d'initiative peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé de toutes pièces.

Lorsque la demande d'initiative est conçue en termes généraux, les chambres fédérales, si elles l'approuvent, procéderont à la révision partielle dans le sens indiqué et en soumettront le projet à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons. Si, au contraire, elles ne l'approuvent pas, la question de la révision partielle sera soumise à la votation du peuple; si la majorité des citoyens suisses prenant part à la votation se prononce pour l'affirmative, l'Assemblée fédérale procédera à la révision en se conformant à la décision populaire.

Lorsque la demande revêt la forme d'un projet rédigé de toutes pièces et que l'Assemblée fédérale lui donne son approbation, le projet sera soumis à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons. Si l'Assemblée fédérale n'est pas d'accord, elle peut élaborer un projet distinct ou recommander au peuple le rejet du projet proposé et soumettre à la votation son contre-projet ou sa proposition de rejet en même temps que le projet émané de l'initiative populaire.

122. Une loi fédérale déterminera les formalités à observer pour les demandes d'initiative populaire et les votations relatives à la révision de la Constitution fédérale.

123. La Constitution fédérale révisée ou la partie révisée de la Constitution entre en vigueur lorsqu'elle a été acceptée par la majorité des citoyens suisses prenant part à la votation et par la majorité des Etats.

Pour établir la majorité des Etats, le vote d'un demi-canton est compté pour une demi-voix.

convoquée par le Congrès à la demande des législatives des deux tiers des Etats. Mais en pratique, c'est le Congrès qui prend l'initiative de modifier la Constitution. On n'a jamais convoqué de Conventions, parce que les quelque deux douzaines de demandes de modifications de la Constitution qui ont été soumises au Congrès n'ont jamais été endossées par les deux tiers des Etats, tel que requis.

Le Congrès a le droit de proposer de quelle manière les projets de modification seront ratifiés. Les trois quarts des législatures des Etats ou les trois quarts des Conventions doivent approuver le mode de ratification. Il n'existe qu'un seul cas, celui du vingt-et-unième amendement qui mettrait fin à la prohibition, où le Congrès a proposé la ratification par des Conventions plutôt que par les législatures. De plus, le Congrès peut fixer un délai raisonnable pour la ratification.

En théorie, à peu près n'importe quelle sorte de modification peut être proposée. La seule exception que mentionne l'article V est qu'aucun Etat ne peut être privé, sans son consentement, de l'égalité des suffrages au Sénat, lequel est composé de deux sénateurs par Etat. A l'origine, les sénateurs étaient choisis par les législatures des Etats qu'ils devaient représenter. Toutefois, ce mode de sélection a été remplacé, en vertu du dix-septième amendement, par celui de l'élection directe.

Les modifications à la Constitution n'ont pas été nombreuses. Alors que plus de cinq mille propositions de modifications ont été soumises aux Chambres du Congrès depuis 1789, trente-et-une seulement ont obtenu la sanction du Congrès et ont été transmises aux Etats pour ratification. Parmi celles-ci, vingt-six ont été ratifiées.

La Constitution des Etats-Unis ne renferme aucune disposition générale touchant la délégation du pouvoir législatif, d'un ordre de gouvernement à un autre.

Suisse

La Constitution fédérale actuelle de la Suisse, qui remonte à 1874, modifiait grandement celle de 1848 qui avait doté le pays d'un régime fédéral authentique, à la différence d'une confédération. La procédure de modification prévoit des méthodes distinctes et détaillées pour la révision totale et la révision partielle de la Constitution (voir les articles 118 à 123 reproduits ci-dessous). Il n'y a pas eu de révision totale depuis 1874, mais il y en a une à l'étude actuellement. Une révision partielle peut être proposée soit par la voie de l'initiative populaire, cette proposition devant être signée par 100 000 électeurs, soit par l'Assemblée fédérale. Dans les deux cas, elle doit être approuvée par une «double majorité», c'est-à-dire, par la majorité des électeurs de l'ensemble de la Suisse et par la majorité des cantons. Le résultat du vote populaire dans chacun des cantons est considéré comme le vote de ces cantons.

L'Assemblée fédérale est composée d'un Conseil national et d'un Conseil des Etats. Au Conseil national siègent les députés élus selon le principe de la «représentation proportionnée à la population» de l'ensemble de la Suisse. D'autre part, le Conseil des Etats est composé de 44 députés élus, soit deux pour chacun des 22 cantons; leur élection est régie par les lois cantonales et ce sont les cantons qui les indemnisent. C'est l'Assemblée fédérale qui élabore les textes constitutionnels soumis à la votation populaire.

De 1874 à la fin de 1973, le peuple et les cantons ont approuvé 83 révisions partielles, dont 76 avaient été proposées par l'Assemblée fédérale et 7 par voie d'initiative populaire. Durant cette période, la population et les cantons ont rejeté 73 propositions de révision partielle, dont 22 avaient été soumises par l'Assemblée fédérale et 51 par le peuple.

La Constitution fédérale suisse ne renferme aucune disposition touchant la délégation du pou-

Les constitutions fédérales et leur modification

Les fédérations se créent lorsque les divers éléments constitutifs, qu'il s'agisse d'États, de cantons ou de provinces, désirent s'unir politiquement sans toutefois consentir à céder tous les pouvoirs au parlement et au gouvernement central. Ceux-ci sont généralement investis du pouvoir de légiférer et d'administrer dans les domaines d'intérêt commun, par exemple la défense, le commerce international et interprovincial, tandis que les assemblées législatives et les gouvernements des éléments constitutifs se voient confier les domaines d'intérêt particulier, comme l'éducation et l'administration municipale. Il n'est pas facile d'énoncer dans la constitution la façon dont les pouvoirs législatifs et exécutifs sont répartis entre les deux ordres de gouvernement, car les problèmes sont complexes et la corrélation est étroite entre les divers pouvoirs.

Une constitution fédérale peut renfermer ou non des dispositions implicites touchant certaines questions, par exemple les droits fondamentaux des citoyens. Toutefois, elle doit prévoir le partage des pouvoirs entre le parlement et le gouvernement central et les assemblées et les gouvernements des éléments constitutifs. Une fois ce partage fait, les auteurs des constitutions fédérales doivent établir la procédure qui permettra, ultérieurement, de modifier la constitution, spécialement en ce qui a trait à ce partage des pouvoirs.

Dans les pays dotés d'une organisation gouvernementale unitaire, c'est-à-dire où l'ensemble du pouvoir législatif est exercé par un seul parlement, les procédures de modification de la constitution sont généralement les suivantes: un vote exprimé par une majorité spéciale du parlement ou un référendum national où la majorité simple des suffrages exprimés sert de ratification, ou encore une combinaison des deux formules. Dans les fédérations, les procédures de modification exigent généralement soit l'adoption du projet par les deux ordres de gouvernement, l'approbation des gouvernements constitutifs devant s'exprimer par un vote exprimé par une majorité spéciale, soit un référendum qui nécessite, outre une majorité des voix exprimées à

l'échelle nationale, une majorité donnée dans la majorité des unités constitutives. La procédure de modification effectivement adoptée est déterminée par les circonstances qui prévalent dans chaque fédération.

Les procédures de modification de la constitution prévues dans quatre autres fédérations sont décrites dans le document intitulé *Modification de la Constitution du Canada* qui a été publié par le Gouvernement du Canada en 1965 sous la direction de l'honorable Guy Favreau. Les descriptions ci-après s'inspirent des exposés contenus dans ce document.

États-Unis

Le processus de modification est régi par l'article V de la Constitution de 1789 du pays:

«Le Congrès, toutes les fois que les deux tiers des membres des deux Chambres le jugeront nécessaire, proposera des amendements à cette Constitution ou bien, si les Législatures des deux tiers des États en font la demande, il réunira une Convention pour proposer des amendements; ces amendements, dans un cas comme dans l'autre, seront valides à tous égards et en tout point, comme partie intégrante de cette Constitution, quand ils auront été ratifiés par les Législatures des trois quarts des États, ou par les trois quarts des Conventions réunies à cet effet dans chacun des États, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès. Toutefois, il ne pourra être fait aucun amendement, de quelque nature qu'il soit avant l'année 1808, sur la première et sur la quatrième clause de la 9^e section du premier article et aucun État ne pourra être privé, sans son consentement, de l'égalité de suffrage au Sénat.»

Il est évident, d'après l'article V, que les modifications à la Constitution des États-Unis peuvent être proposées aux États soit par le Congrès, sur l'autorité des deux tiers des membres de la Chambre des représentants et du Sénat, soit par une Convention

lande prévoit que le projet de modification doit être adopté par les deux Chambres du Parlement national, puis approuvé par référendum.

Dans les Etats fédéraux, les procédures sont quelque peu différentes parce que leurs constitutions prévoient entre autres le partage des pouvoirs législatifs entre le parlement central et les assemblées législatives régionales. La constitution fédérale protège généralement ce partage des pouvoirs et les autres dispositions qui ont une importance particulière pour la population et les gouvernements

constitutifs de telle sorte qu'un corps législatif ne peut, seul, les modifier. Le moyen d'assurer cette protection tout en laissant la possibilité de procéder à des changements est le principal objet du présent document.

Avant d'aborder la question des modifications à la Constitution canadienne et des diverses solutions de rechange, il serait utile d'examiner comment certaines autres fédérations procèdent en cette matière.

Constitutions et modifications constitutionnelles

La constitution établit le cadre fondamental dans lequel s'exerce le pouvoir qui gouverne un État; elle définit et établit les principales institutions de gouvernement et les relations qui doivent exister entre elles. Elle précise aussi les relations que doivent entretenir l'État et les particuliers et ce, en énonçant les pouvoirs et les obligations du premier, les droits et les responsabilités des derniers. La principale fonction de la constitution consiste, en somme, à éliminer autant que possible l'arbitraire du gouvernement.

La constitution n'est toutefois que l'ossature sur laquelle s'articule le gouvernement et la vie politique. Il faut, pour lui donner vie, y greffer un grand nombre de lois, de règlements, de coutumes établies, de pratiques courantes et d'attitudes des citoyens. C'est ce tableau brossé à grands traits qui permet de comprendre tout à fait le rôle que joue la constitution dans la pratique.

Si la constitution a pour objet d'empêcher que l'incertitude et le caprice ne marquent les relations entre les institutions gouvernementales ainsi qu'entre celles-ci et la population, il faut qu'elle se caractérise par une grande stabilité, et ce, même si les lois peuvent changer régulièrement dans le cours normal des événements. Cette stabilité, on peut l'assurer en faisant en sorte qu'il soit plus difficile de modifier la constitution que de modifier les lois ordinaires. L'éventail des questions à protéger ainsi et la façon d'assurer cette protection varient d'un État à l'autre et traduisent les situations et les préoccupations propres à chaque pays.

Mais même si la constitution vise à donner un cadre fixe à la vie politique, les circonstances dans un État donné peuvent à la longue changer à un point tel que peut naître le désir d'en modifier certains aspects ou même de la remplacer complètement. C'est pourquoi les constitutions prévoient généralement un mécanisme qui permet de faire ces ajustements.

La procédure de modification de la constitution peut être formelle ou non. La Constitution britannique

que, qui est reconnue pour sa grande souplesse, est la somme de conventions et de coutumes établies, de lois à caractère constitutionnel adoptées par le Parlement et de l'interprétation que les tribunaux ont donnée de ces conventions et de ces lois. Les principaux éléments de cette Constitution n'ayant pas été réunis dans un document que seule une procédure spéciale permettrait de modifier, on peut dire que tous les amendements constitutionnels se font de façon informelle. Il convient en outre de signaler que même si une partie de la Constitution canadienne est écrite, les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif se fondent, actuellement, sur des coutumes et conventions constitutionnelles établies, comme c'est le cas au Royaume-Uni.

Coutumes et conventions, de même que leur interprétation par les tribunaux, font partie de la trame constitutionnelle de la plupart des États, mais depuis deux siècles, il est de plus en plus courant pour les pays de réunir les principaux éléments de leur constitution dans un document écrit qui ne peut ensuite être modifié que par une procédure préalable. Le recours à cette procédure donne lieu à la modification formelle de la constitution.

Les procédures formelles de modification de la constitution écrite varient d'un pays à l'autre. Ainsi, en France, la Constitution, comme elle le stipule, peut être modifiée par un projet de loi adopté par les deux assemblées du Parlement, puis approuvée par référendum, ou encore par l'adoption, à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, d'une proposition que le président soumet au Parlement convoqué en congrès. Dans le deuxième cas, point n'est besoin de référendum. Selon la Constitution belge, le Parlement a le droit de déclarer qu'il est nécessaire de réviser un aspect de la Constitution; les assemblées sont alors dissoutes et des élections ont lieu. Les deux nouvelles assemblées se réunissent ensuite pour débattre la proposition (les deux tiers de leurs membres doivent être présents). La modification n'est adoptée qu'à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés. La Constitution d'Ir-

Table des matières

Page

Chapitre I — Constitutions et modifications constitutionnelles	1
--	---

Chapitre II — Les constitutions fédérales et leur modification	3
--	---

• États-Unis	3
• Suisse	4
• Australie	6
• République fédérale d'Allemagne	7

Chapitre III — La Constitution canadienne et sa modification	9
--	---

• Statut de <i>Dominion</i>	10
• La recherche d'une procédure de modification	10
• Constatations fondées sur la pratique antérieure	13
• La formule Fulton-Favreau	14
• La formule de modification de Victoria	16

Chapitre IV — Renouvellement de la Constitution et procédure de modification	19
--	----

• La formule Fulton-Favreau et la formule de la Charte de Victoria ..	20
• La formule de Victoria assortie d'une <i>procédure d'appel</i>	21
• Usage exclusif des référendums	22
• En résumé: quatre façons de modifier la Constitution	23
• Proposition de modifications constitutionnelles	23

Conclusion	25
------------------	----

Vous pouvez obtenir d'autres exemplaires
de cette publication en vous adressant au:

Centre d'information sur l'unité canadienne
Case postale 1986, succursale B
Ottawa (Ontario)
K1P 6G6

N° de cat. CP 45-8/1978

ISBN 0-662-50050-4





L'honorable Marc Lalonde
Ministre d'Etat chargé des
relations fédérales-provinciales

L'honorable Ron Bastford
Ministre de la Justice

La Constitution canadienne et sa modification



Gouvernement
du Canada
Government
of Canada